



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10920.722844/2016-52  
**Recurso** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão nº** 1402-004.347 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de dezembro de 2019  
**Recorrentes** 101 BRASIL INDUSTRIA DE BEBIDAS LTDA  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

**Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015**

**NULIDADE DOS LANÇAMENTOS. INEXISTÊNCIA.**

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no artigo 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade do lançamento em questão.

**DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO.**

É incabível a alegação de cerceamento ao direito de defesa, quando as infrações apuradas estiverem identificadas e os elementos dos autos demonstrarem a que se refere a autuação, dando-lhe suporte material suficiente para que o sujeito passivo possa conhecê-los e apresentar sua defesa sem empecilho de qualquer espécie

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO  
MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO**

A multa de lançamento de ofício decorre de expressa determinação legal e é devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, não cumprindo à administração afastá-la sem lei que assim regulamente, nos termos do art. 97, inciso VI, do CTN. Estando evidenciada nos autos a intenção dolosa da autuada de evitar a ocorrência do fato gerador ou seu conhecimento pela Autoridade Tributária, a aplicação da multa qualificada torna-se imperiosa.

**SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE.  
ARTIGO 135, III, DO CTN.**

Cabível a imputação de solidariedade às pessoas, físicas que, agindo na condição de gestores de pessoa jurídica de direito privado pratiquem condutas que caracterizem infração à lei ou excesso de poderes, como sonegação fiscal e fraude. Responsabilização solidária imputada na forma do artigo 135, III, do CTN, que se mantém à vista da farta documentação acostada aos autos.

**BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO  
LEGAL.**

Não tendo os efeitos da decisão exarada pela Suprema Corte sido modulados, e nem havendo comprovação por parte da recorrente de que seria detentora de

ação judicial que lhe permitiria abater o valor do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, descabe acolher o pleito formulado.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ  
OMISSÃO DE RECEITAS. COMPROVAÇÃO.**

Tendo a Autoridade Fiscal acessado os arquivos digitais da contribuinte e obtido informações acerca de valores mantidos à margem da escrituração, cabível o lançamento de ofício como omissão de receitas.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

**Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015**

**TRIBUTAÇÃO DAS BEBIDAS FRIAS COM BASE NO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO ESTABELECIDO PELO ART. 58-J DA LEI Nº 10.833, DE 2003.**

No caso de omissão de receitas, não sendo for possível se identificar os produtos vendidos, a Contribuição para o PIS/Pasep será exigida na forma determinada pelo art. 58-I da Lei nº 10.833, de 2003, a estabelecer que a contribuição social em apreço será calculada sobre a receita bruta decorrente das vendas dos produtos especificados no art. 58-A desta mesma norma, chegando-se à base de cálculo sobre a qual será aplicada a alíquota de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento). Inteligência do disposto pelo inc. II do § 11 do art. 58 da Lei nº 10.833, de 2003

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)**

**Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015**

**TRIBUTAÇÃO DAS BEBIDAS FRIAS COM BASE NO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO ESTABELECIDO PELO ART. 58-J DA LEI Nº 10.833, DE 2003.**

No caso de omissão de receitas, não sendo for possível se identificar os produtos vendidos, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) será exigida na forma determinada pelo art. 58-I da Lei nº 10.833, de 2003, a estabelecer que a contribuição social em apreço será calculada sobre a receita bruta decorrente das vendas dos produtos especificados no art. 58-A desta mesma norma, chegando-se à base de cálculo sobre a qual será aplicada a alíquota de 16,65% (dezesesseis inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento). Inteligência do disposto pelo inc. II do § 11 do art. 58 da Lei nº 10.833, de 2003.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONSEQUÊNCIAS.**

Na medida em que as exigências reflexas têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada naquele constitui prejudgado na decisão dos autos de infração decorrentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício; ii) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso

voluntário para, ii.i) afastar a nulidade suscitada; ii.ii) manter os lançamentos de IRPJ/CSLL/PIS e COFINS, vencidos o Relator e os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Paula Santos de Abreu que davam provimento. Neste caso, a Conselheira Paula Santos de Abreu acompanhou o Relator pelas conclusões; iii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação, iii.i) à qualificação da multa de ofício em 150%, vencidos o Relator e a Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio que a afastavam; iii.ii) ao pedido de retirada do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, vencida a Conselheira Paula Santos de Abreu que dava provimento; iii.iii) à imputação de responsabilidade dos solidários Rainor Ido da Silva e Gilvan Cardozo da Silva, vencidos o Relator e a Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio que davam provimento, e o Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves que dava provimento em menor extensão para afastar unicamente a responsabilização do solidário Rainor Ido da Silva. Designado para redigir o voto vencedor em relação às matérias em que vencido o Relator, o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Murillo Lo Visco, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paula Santos de Abreu e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

## Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício e Recursos de Voluntário (fls. 23602 a 23648 e 23701 a 23785) interposto contra v. Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE (fls. 23465 a 23550) que deu provimento parcial às Impugnações apresentadas pela Contribuinte e pelos Sujeito Passivos, apenas para cancelar parte da exação, reconhecendo a ocorrência de decadência, oferecidas contra Auto de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS (fls. 02 a 178 – TVF fls. 180 a 215).

Em resumo, a contenda tem como objeto lançamento de ofício dos referidos tributos, referente aos anos-calendário de 2010 e 2015, fundamentado na verificação da infração de *omissão de receitas da atividade*, prevista no art. 24 da Lei n.º 9.249/95.

A Autuação é diretamente relacionada à *Operação Arion II*, deflagrada e levada a cabo pelo GAECO/SC, Ministério Público do Estado de Santa Catarina e pela Receita Federal do Brasil.

Durante Ação Policial realizada em tal *Operação Arion II* fora apreendido um *Hard Drive* (HD), havendo solicitação do GAECO/SC da análise de tal material por especialista forense. Diante disso, foi elaborado o Laudo Pericial n.º 9102.15.01016 pelo Instituto Geral de Perícias da Secretaria de Estado da Segurança Pública de Santa Catarina (IGP/SC), em 27 de maio de 2015.

Em tal Laudo pericial, confeccionado pela Autoridade Pericial do Estado de Santa Catarina, concluiu-se que a empresa 101 do Brasil Industrial Ltda *utilizava um sistema paralelo de gestão de vendas onde eram registradas as vendas realizadas pelo contribuinte*.

Não obstante, nos autos do Processo Judicial Estadual n.º 0006973-86.2015.8.24.0038, o juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC deferiu o compartilhamento de todas as provas produzidas na *Operação Arion II* com a Receita Federal do Brasil.

Ao seu turno, de posse do Laudo Pericial n.º 9102.15.01016 elaborado pelo IGP/SC, a Autoridade Fiscal procedeu à fiscalização da Contribuinte, utilizando para o lançamento de ofício, considerando a monta das receitas registradas em tal trabalho forense como *receita bruta*, subtraindo os valores constantes em Notas Fiscais efetivamente emitidas, para obter a razão da *omissão de receitas* perpetrada.

Em relação ao período de julho de 2010 a dezembro de 2011 as exigências correspondentes à *receita omitida* foram apuradas pelo Lucro Presumido (opção da Contribuinte) e, em face da suposta *opção indevida* consequente à *omissão de receitas* apurada, entre janeiro de 2012 a abril 2015, procedeu-se ao arbitramento do lucro, determinado pelo *percentual fixado em lei (9,6% - venda de mercadorias) sobre a receita bruta omitida* demonstrada a partir do Laudo Pericial nº 9102.15.01016.

Por bem resumir o início da contenda, adota-se, a seguir, o objetivo relatório empregado pela DRJ *a quo*:

*Trata-se de impugnação, fls. 23.163/23.223, formalizada com o propósito de reverter os efeitos inerentes aos autos de infração lavrados em desfavor da pessoa jurídica em epígrafe, fls. 02/178, nos valores abaixo quantificados (juros Selic atualizados até 31/08/2016):*

<i>Imposto de Renda Pessoa Jurídica .....</i>	<i>R\$ 25.023.869,78</i>
<i>Contribuição Social sobre o Lucro Líquido .....</i>	<i>R\$ 11.523.057,44</i>
<i>Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social .....</i>	<i>R\$ 90.044.393,39</i>
<i>Contribuição para o PIS/Pasep .....</i>	<i>R\$ 19.053.298,79</i>
<i>Total do Crédito Tributário .....</i>	<i>R\$ 145.644.619,40</i>

*A infração considerada foi a OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE – RECEITA BRUTA MENSAL NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA, alcançando os fatos geradores compreendidos entre os meses de julho/2010 e abril/2015, período em que a pessoa jurídica optou pela tributação com base no lucro presumido, tratando-se do regime que foi adotado pela fiscalização para os anos-calendário 2010 e 2011.*

*Ao somar as receitas declaradas com aquelas tidas por omitidas na presente ação fiscal, a autoridade lançadora percebeu que, a partir do ano-calendário 2011, a pessoa jurídica extrapolou o limite de receita bruta delimitado para a permanência no lucro presumido. Assim, a partir do ano-calendário 2012, os lançamentos do IRPJ e da CSLL foram efetivados com base no lucro arbitrado.*

*A descrição exaustiva dos fatos que deram azo aos créditos tributários constituídos encontra-se evidenciada em Termo de Verificação Fiscal e de Sujeição Passiva Solidária, fls. 180/215, a seguir apresentado.*

#### *DA OPERAÇÃO ARION II*

*A fiscalização, iniciada por meio da notificação de termo próprio em 15/03/2016, foi deflagrada em razão do que foi apurado pelo Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (GAECO) do Ministério Público de Santa Catarina, pela Receita Estadual de Santa Catarina e pela Receita Federal do Brasil. Consistiu na busca e apreensão de documentos e de*

*arquivos digitais em estabelecimentos de pessoas jurídicas e em residências de pessoas físicas, em cumprimento a mandados expedidos pelo Poder Judiciário de Santa Catarina, presentes nos autos do processo n.º 0006973-86.2015.8.24.0038.*

*O motivo determinante a instauração do procedimento foi o recebimento de denúncias pelo MP/SC, bem como autuações das Fazendas Estaduais de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, que sinalizaram a necessidade da abertura de investigação voltada para a apuração de possíveis ilícitos tributários perpetrados pelo grupo de empresas lideradas pela 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA, atual BRASIL KIENEN INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.*

*Segundo consta de Representação elaborada pelo representante do Ministério Público de SC,*

A dedicada investigação de integrantes da força tarefa GAECO - Joinville (policiais civis e militares e auditores fiscais), consubstanciada em diligências de campo, pesquisa e monitoramento telefônico autorizado por Vossa Excelência, revela a existência de uma organização criminosa especializada na comercialização de bebidas sem a emissão de notas fiscais ou com a emissão de notas fiscais por empresa de fachada, sem o recolhimento dos tributos devidos, com utilização de interpostas empresas para ocultação de receitas, pagamentos e depósitos, e registro de bens em nome de familiares ou empresas utilizadas pela própria organização.

*No tocante à RFB, os ilícitos consistiriam em fraude no controle da produção de bebidas (uso de selos destinados a terceiros e adulteração dos equipamentos do Sistema de Controle da Produção de Bebidas – Sicobe, o que motivou a lavratura de auto de infração relacionado ao IPI, controlado no processo n.º 10920.722428/2015-73) e na omissão de receita resultante da venda de produtos sem a emissão de nota fiscal ou com a utilização de empresas fictícias localizadas em diversas unidades da Federação.*

*Em atenção à solicitação do GAECO/SC, houve a elaboração pelo Instituto Geral de Perícias/SC do Laudo Pericial n.º 9102.15.01016, de 27/05/2015, fls. 1.004/1.023, em que foram analisadas as mídias de armazenamento de informática apreendidas na OPERAÇÃO ARION II, tendo a perícia concluído que a 101 DO BRASIL IND. LTDA. utilizava um sistema paralelo de gestão de vendas em que eram registradas as operações efetuadas pelo contribuinte. Os registros encontrados se referem ao período de 24/06/2010 a 24/04/2015.*

*Segundo evidenciado no TVF, no dia 25/02/2015, o GAECO/SC lavrou o Relatório Final da OPERAÇÃO ARION II, constando de seu item 11 (onze) a seguinte conclusão:*

As informações iniciais, objeto da "denúncia", foram confirmadas com as medidas preparatórias preliminares, durante as investigações, nas diligências policiais e fiscais, pela interceptação telefônica, com material apreendido, pelos depoimentos de testemunhas e pelo resultado da perícia nos sistemas de informática.

*Consta dos autos n.º 0006973-86.2015.8.24.0038 que o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC deferiu o compartilhamento com a RFB de todos os elementos de prova colhidos na OPERAÇÃO ARION II.*

**DAS INFORMAÇÕES DA PESSOA JURÍDICA**

*A empresa fiscalizada iniciou suas atividades em 01/10/1999, tendo por atividade principal a fabricação e o engarrafamento de bebidas alcoólicas e não alcoólicas, com capital social de R\$ 1 milhão, dividido em 10 mil quotas com valor individual de R\$ 100,00, assim distribuídas: Sr. GILVAN CARDOZO DA SILVA com 9.900 quotas e o Sr. Jonas Carvalho Bueno com 100 quotas.*

*Segundo apurado na OPERAÇÃO ARION II, o Sr. Jonas Carvalho Bueno é um funcionário da empresa, exercendo a ocupação de operador de caldeira. A gerência da sociedade, conforme estipulado na Cláusula Sexta do Contrato Social Consolidado, é exercida pelo Sr. GILVAN CARDOZO DA SILVA. Entretanto, conforme verificado na operação investigatória, a pessoa jurídica é administrada pelo Sr. GILVAN CARDOZO DA SILVA juntamente com o seu pai, o Sr. RAINOR IDO DA SILVA, a despeito de este último não fazer parte do quadro societário.*

#### **DA APURAÇÃO DA RECEITA OMITIDA**

*A determinação da receita omitida foi estabelecida com base no cruzamento dos valores de vendas registrados no sistema paralelo (obtidos em mídias digitais apreendidas na OPERAÇÃO ARION II, conforme Laudo Pericial nº 9102.15.01016, emitido pelo Instituto Geral de Perícias de Santa Catarina – IGP/SC) com os valores das notas fiscais eletrônicas emitidas pela 101 DO BRASIL IND. LTDA.*

*A partir das informações presentes no sistema paralelo de gestão de vendas foram geradas as seguintes planilhas (item 4 do Laudo Pericial):*

*FT117 contendo as notas fiscais emitidas no sistema paralelo de gestão de vendas, com 122.971 registros no total de R\$ 480.931.596,62 especificados na coluna VL\_CONTÁBIL; e*

*FT118 contendo a descrição dos produtos no sistema paralelo de gestão de vendas, com 1.080.204 registros no total de R\$ 480.979.069,28 informados na coluna VL\_TOT\_ITEM (a planilha foi dividida em duas partes em vista de o aplicativo Excel possuir como limitação o total de 1.048.576 linhas).*

*Mencionadas planilhas contêm dados da 101 DO BRASIL IND. LTDA., referentes ao período de 24/06/2010 a 24/04/2015, assim como da empresa Globev Distribuidora de Bebidas Ltda. (antes Red Horse do Brasil Ltda.), CNPJ 13.579.761/0001-91, de Terra de Areia/RS, correspondentes ao período de 10/07/2012 a 04/10/2012. As respostas apresentadas pelo IGP/SC indicam que os arquivos apreendidos representam os próprios controles de encomendas e vendas da 101 DO BRASIL IND. LTDA. e de outras empresas a ela ligadas.*

*Em resposta ao quesito nº 4 do Laudo foi constatada a existência nos arquivos PD102 e PD122 do mesmo número de pedido (113122) apreendido pela Secretaria de Fazenda SC por transporte de mercadorias sem nota fiscal. O mesmo número, com os dados da mesma venda, também foi encontrado nos arquivos FT117 e FT118 da 101 DO BRASIL IND. LTDA.*

*Conforme a resposta ao quesito de número 5, o pedido de número 113121, apreendido com nota fiscal (nº 16312) emitida pela empresa Nordeste Com. Atacadista de Bebidas Ltda, CNPJ 09.460.982/0001-79, foi encontrado nos arquivos de pedidos PD102 e PD122, da empresa 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA. Nos arquivos FT117 e FT118, o registro da venda tem o número 110123 (campo NR\_NOTA\_FISCAL), e inclui o pedido de nº 113156. Por outro lado, no banco de dados FT117/SF2010 da empresa Nordeste, no*

*número 16312 do campo NR\_NOTA\_FISCAL há o registro do mesmo valor de mercadorias para o mesmo cliente.*

*Consoante depoimento prestado ao MP/SC, a Sr<sup>a</sup> Marina Santos de Quadros, CPF 065.087.149-96, funcionária da 101 DO BRASIL IND. LTDA., encarregada da emissão das notas fiscais da empresa, afirmou que os documentos eram emitidos de acordo com o determinado pelo Sr. RAINOR IDO DA SILVA. Levando em conta quem era o cliente, a sua localização e outras variáveis, mencionado senhor decidia qual a empresa do grupo que seria a emitente da nota fiscal, assim como se os valores de venda seriam incluídos parcial ou integralmente.*

*Observemos alguns trechos do depoimento prestado pela Sr<sup>a</sup> Marina Santos de Quadros:*

[...] a depoente explica que, quando da indicação do pedido, são apontados pelos vendedores códigos que orientam o percentual do valor a ser lançado nas notas fiscais, a não emissão de notas fiscais ou a emissão de notas fiscais no valor integral da operação; quando a indicação do pedido apontar para os códigos "002", "003" ou "100" (campo observação do pedido), significa para a depoente que a emissão da nota fiscal correspondente à operação de venda deve se dar no seu valor integral, independentemente do destino do cliente; quando a indicação do pedido apontar para números como "20", "30", "40" ou "50" (campo observação do pedido), por exemplo, significa para fins de emissão de notas fiscais os percentuais a serem aplicados no documento obrigatório sobre o valor real das operações, independentemente do destino do cliente; a manipulação dos percentuais aplicados sobre as operações lançadas nas notas fiscais incide sobre os quantitativos dos produtos, não sobre os valores unitários destes; quando a indicação de pedido apontar para "001", "0" ou nada estiver apontado, significa para a depoente que a operação comercial deve ser realizada sem a emissão de nota fiscal (exceção a vendas para clientes de Tubarão, Lages, Rio do Sul, Canoinhas, além de outras cidades que agora não lembra, e cidades do Paraná e São Paulo); quando se tratar de clientes indicados nos pedidos como sendo de Tubarão, Lages, Rio do Sul, Canoinhas e cidades do Paraná e São Paulo, além de outras que não lembra, desde que não conste especificações como "sem frete" ou "sem nota", a orientação recebida pela depoente é de que "a regra é aplicar 30%", o que efetivamente aplicava na emissão do documento; subentende-se ainda que se as operações de venda forem destinadas a cliente de Joinville, Florianópolis, Brusque e cidades da região destas, sem qualquer outra observação, também as operações devem ser realizadas sem emissão de documentos fiscais; com relação a demais procedimentos da empresa, pelo que sabe, as cobranças dos clientes, quando os produtos são entregues sem notas fiscais ou mesmo com notas fiscais, são cobradas com base nos pedidos, o que conclui pelo fato de ter visto em sua sala canhotos de pedidos indicando valores com correspondência a títulos e valores anexos; perguntada sobre o que opera no sistema de informática na empresa 101 para emitir as notas fiscais, explica que emprega o atalho "Zeus" (desenvolvido pela TOTVS), instalado em seu computador funcional, para emitir as notas das "distribuidoras de outros Estados e da Nordeste"; para emitir as notas da Kienen, usa o atalho da Kienen há aproximadamente dois meses (acha que desenvolvido pela Softdata); para emitir as notas da 101 do Brasil e filial usa o ícone "WSGE", encontrado na área de trabalho da tela de seu computador funcional; todos transmitem notas para as Secretarias de Estados da Fazenda do Brasil; usa também o atalho "Netuno",

parecido com o da Kienen, para transmitir dados de notas fixais da distribuidora do Paraná (acredita ser Red Horse Paraná, não tem certeza do nome);

[...]

informada de que no dia da operação foi apreendido um disco rígido na residência de "Juninho", o qual este supostamente levava e trazia para empresa 101, afirmou desconhecer tal fato;

[...]

tendo ouvido outro áudio, de 29/11/2014, iniciado em 15:22:19, reconheceu que tratou com Roni sobre notas da "Maninha", cujo o nome completo desconhece, que provavelmente estavam em um envelope com a depoente; explica que essas notas da "Maninha" são notas que, a mando de Rainor, acabam sendo expedidas pela empresa Camponeira, de Campo Tenente/PR, para venda de bebidas "ice", produzidas na empresa 101 do Brasil; tais notas da empresa Camponeira, cujo proprietário e localização desconhece, a depoente não expedia na 101, apenas encaminhava a quantidade dos produtos para o contador Carlos, da própria 101, o qual repassava os dados para que "Maninha" expedisse as notas fiscais pela Camponeira no Paraná; expedidas as notas fiscais pela Camponeira, as mesmas retomavam para a sede da 101 do Brasil, a fim de cobrirem saídas do produto "Ice" da própria 101, ressalvado quando tais saídas destinavam-se a distribuidoras de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul; algumas operações feitas pela 101 do Brasil, como vendas de whisky e vodka para o Estado de Minas Gerais, também se verificaram com utilização de notas da empresa Camponeira, através de "Maninha";

[...]

*Retornando suas atenções para as informações extraídas do sistema paralelo de gestão de vendas, a Autoridade Fiscal afirmou que o termo "notas fiscais" nos arquivos TF117 e FT118 deve ser entendido como de enumeração de vendas, posto que nem todas as operações ali registradas traduziram-se em notas fiscais no real sentido do termo.*

*Ao abordar a metodologia de cálculo adotada nos lançamentos fiscais, esclareceu que no cálculo dos valores de vendas efetuou a exclusão dos registros em que a coluna CD\_STATUS da planilha FT117 continha a expressão "C", entendida como informativa de cancelamento da venda, ou então em que mencionada coluna se achava vazia. Desse modo, efetuou a soma da coluna VL\_LIQUIDO. Ao final de tudo, o resultado para a empresa 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA correspondeu aos valores anuais encontrados no quesito 7 (sete) do Laudo Pericial. O mesmo procedimento foi adotado com a planilha FT118, em que somou os valores da coluna VT\_TOT\_ITEM, contendo o valor discriminado de cada produto da venda.*

*No tocante às notas fiscais efetivamente emitidas pelos estabelecimentos matriz e filial da 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA, informou ter efetuado as extrações por meio da utilização do Sistema Receitaneet BX.*

*Esclareceu que no período fiscalizado o contribuinte está sujeito concomitantemente a tributação da COFINS e da Contribuição para o PIS/Pasep pelo regime de tributação geral, à alíquota de 3% e 0,65%, respectivamente, aplicáveis sobre a receita auferida com a venda das denominadas "Bebidas Quentes", e, por opção ao Regime Especial (REFRI), à tributação em função do valor-base, expresso em reais por litro, previsto no art. 58-J da Lei nº 10.833/2003, relativamente às denominadas "Bebidas*

*Frias", classificadas nos códigos 21.06.90.10 Ex 02, 22.01, 22.02, exceto os Ex 01 e Ex 02 do código 22.02.90.00, e 22.03 da Tabela de Incidência do IPI - TIPI (ver item 4.1.3.2 e seus subitens do presente termo).*

*Diante disso, foi necessária a separação das vendas efetuadas registradas nas planilhas FT117 e FT118 e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFe) de acordo com as características dos produtos: "Bebidas Quentes" e "Bebidas Frias". Foram elaboradas as seguintes planilhas:*

*1 - Demonstrativo das saídas efetuadas pela empresa referentes a "BEBIDAS FRIAS", com base nas planilhas FT117 e FT118 elaboradas pelo Instituto Geral de Perícias da Secretaria de Estado da Segurança de Santa Catarina (IGP/SC), conforme Laudo Pericial n.º 9102.15.01016. Ano-calendário 2010/2011/2012/2013/2014/2015;*

*2 - Demonstrativo das saídas efetuadas pela empresa referentes a "BEBIDAS QUENTES", com base nas planilhas FT117 e FT118 elaboradas pelo Instituto Geral de Perícias da Secretaria de Estado da Segurança de Santa Catarina (IGP/SC), conforme Laudo Pericial n.º 9102.15.01016. Ano-calendário 2010/2011/2012/2013/2014/2015;*

*3 - Demonstrativo dos valores das saídas efetuadas pelo estabelecimento CNPJ n.º 03.408.722/0001-78 referentes a "BEBIDAS FRIAS" conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período de 24/06/2010 a 24/04/2015, totalizados por CFOP e Mês de Emissão;*

*4 - Demonstrativo dos valores das saídas efetuadas pelo estabelecimento CNPJ n.º 03.408.722/0003-30 referentes a "BEBIDAS FRIAS" conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período de 24/06/2010 a 24/04/2015, totalizados por CFOP e Mês de Emissão;*

*5 - Demonstrativo dos valores das saídas efetuadas pelo estabelecimento CNPJ n.º 03.408.722/0001-78 referentes a "BEBIDAS QUENTES" conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período de 24/06/2010 a 24/04/2015, totalizados por CFOP e Mês de Emissão e;*

*6 - Demonstrativo dos valores das saídas efetuadas pelo estabelecimento CNPJ n.º 03.408.722/0003-30 referentes a "BEBIDAS QUENTES" conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período de 24/06/2010 a 24/04/2015, totalizados por CFOP e Mês de Emissão.*

*Após a conferência dos valores constantes dos arquivos FT117 e FT118 (conforme trabalho elaborado pelo IGP/SC), tais valores foram cotejados com os valores da vendas contidas nas notas fiscais eletrônicas emitidas pela 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA., com o que o Representante Fazendário chegou aos valores das receitas omitidas que se encontram especificados nas Tabelas 1 a 4, fls. 189/194, cujos cabeçalhos estão a seguir transcritos no presente documento:*

Tabela 1: Apuração da Receita Omitida – "Bebidas Quentes"

Valores em R\$

MÊS	Arquivo FT 118	NFe			Receita Omitida Bebidas Quentes
	VL_TOT_ITEM	Valor da Nota Fiscal (Matriz)	Valor da Nota Fiscal (Filial)	Valor da Nota Fiscal (Matriz e Filial)	
	Coluna (1)	Coluna (2)	Coluna (3)	Coluna (4)	Coluna (5)

Tabela 2: Apuração da Receita Omitida – "Bebidas Frias"

Valores em R\$

MÊS	Arquivo FT 118	NFe			Receita Omitida Bebidas Frias
	VL_TOT_ITEM	Valor da Nota Fiscal (Matriz)	Valor da Nota Fiscal (Filial)	Valor da Nota Fiscal (Matriz e Filial)	
	Coluna (1)	Coluna (2)	Coluna (3)	Coluna (4)	Coluna (5)

Tabela 3: Apuração da Receita Omitida Total – "Bebidas Quentes" e "Bebidas Frias" Valores em R\$

MÊS	Arquivo FT 118	NFe	RECEITA OMITIDA (Total)	Percentual Receita Omitida
	VL_TOT_ITEM (Total)	Valor da Nota Fiscal (Matriz e Filial) - (Total)		
	Coluna (1)	Coluna (2)	Coluna (3)	Coluna (4)

Tabela 4: Apuração da Receita Omitida Total – "Bebidas Quentes" e "Bebidas Frias" - Totais anuais Valores em R\$

Ano	Arquivo FT 118	NFe	RECEITA OMITIDA Total	Percentual Receita Omitida
	VL_TOT_ITEM (Total)	Valor da Nota Fiscal (Matriz e Filial) - (Total)		
	Coluna (1)	Coluna (2)	Coluna (3)	Coluna (4)

No total geral, envolvendo o período de junho/2010 a abril/2015, o resultado encontrado no sistema paralelo de gestão de vendas, fl. 1.020, que se prestou para alimentar os dados inseridos na Tabela 3 do TVF, foi da ordem de R\$ 466.039.683,45 (A). Por outro lado, o somatório das notas fiscais eletrônicas emitidas foi de R\$ 92.856.846,25 (B). Assim, a considerada receita omitida total foi de R\$ 373.644.877,12 (A - B).

**DAS INFRAÇÕES APURADAS - OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE - RECEITA BRUTA MENSAL NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA: IRPJ E CSLL SOBRE A RECEITA OMITIDA**

Nos anos-calendário 2010 a 2015, a pessoa jurídica apurou o IRPJ e a CSLL com base no lucro presumido, forma de tributação que foi adotada pela fiscalização para a autuação relacionada aos fatos geradores verificados nos anos-calendário 2010 e 2011.

Ao considerar a receita bruta encontrada no sistema paralelo de gestão de vendas do ano-calendário 2011, no valor de R\$ 69.975.528,08, a Autoridade Lançadora constatou que a pessoa jurídica extrapolou o limite legal estabelecido pelo art. 13 da Lei nº 9.718, de 1998, da ordem de R\$ 48 milhões, para a permanência no lucro presumido (a partir de 01/01/2014 o limite foi elevado para R\$ 78 milhões, em vista de alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.814, de 2013).

A superação do limite legal se repetiu nos demais períodos alcançados pela auditoria fiscal. Desse modo, no que se refere aos anos-calendário 2012, 2013, 2014 e 2015, os lançamentos foram efetivados com substrato no regramento determinado para o lucro arbitrado.

Os valores submetidos à tributação foram aqueles encontrados na Coluna 3 da Tabela 3 - Apuração da Receita Omitida Total - Bebidas Quentes e Bebidas Frias (Receita Omitida = Arquivo FT118 - NFe), em relação aos quais foi cominada a multa qualificada de 150%.

No tocante aos anos-calendário 2012, 2013, 2014 e 2015, restou a efetivação dos lançamentos residuais do IRPJ e da CSLL em razão das diferenças verificadas em razão da tributação pelo lucro arbitrado (adotada pela fiscalização) e da tributação pelo lucro presumido (praticada pelo contribuinte). A tributação complementar se deu sobre os somatórios trimestrais dos totais mensais das notas fiscais eletrônicas baixadas pela fiscalização com a utilização do Sistema Recetanet BX, existentes na Coluna 2 da Tabela 3 - Apuração da Receita Omitida Total - Bebidas Quentes e Bebidas Frias. Sobre os valores dessa forma lançados foi aplicada a multa de ofício no percentual normal de 75%.

**INFRAÇÕES APURADAS - OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE - RECEITA BRUTA MENSAL NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA: PIS/PASEP E COFINS SOBRE A RECEITA OMITIDA**

No período fiscalizado, o contribuinte está sujeito à tributação da COFINS e da Contribuição ao PIS pelo regime de tributação geral, no seu caso, à alíquota de 3% e 0,65%, respectivamente, aplicáveis sobre a receita auferida com a venda das denominadas "Bebidas Quentes", como também à tributação monofásica com base no regime geral (art. 58-A e 58-I da Lei nº 10.833/2003) ou, por opção, ao Regime Especial de Tributação previsto no art. 58-J da referida lei, em função do valor-base, relativamente às denominadas "Bebidas Frias", classificadas nos códigos 21.06.90.10 Ex 02, 22.01, 22.02, exceto os Ex 01 e Ex 02 do código 22.02.90.00, e 22.03 da Tabela de Incidência do IPI - TIPI.

O contribuinte é optante pelo Regime Especial de Tributação de Bebidas Frias, desde setembro de 2009. Tendo em vista o fato de os valores apurados a partir das planilhas FT117 e FT118 serem muito superiores aos valores declarados, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 02 o sujeito passivo foi intimado a apresentar a discriminação dos produtos vendidos, de forma a permitir a tributação do PIS/Pasep e da Cofins na forma do mencionado Regime Especial de Tributação de Bebidas Frias, em que a tributação ocorre por unidade de medida. Ficou registrado que em caso de não apresentação, a tributação seria na forma do art. 58-I da Lei nº 10.833, de 2003, com alteração posterior, que trata da tributação monofásica. Juntamente com a intimação fiscal, foi disponibilizada ao contribuinte uma unidade de CD contendo as planilhas FT117 e FT118 elaboradas pelo Setor de Criminalística do IGP/SC.

A resposta da pessoa jurídica foi no sentido de que para o atendimento da intimação fiscal havia a necessidade de acesso ao HD de onde foram extraídos os dados. Para tanto, estipulou um prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a apresentação da mídia digital. Feito isso, que fosse concedido um prazo adicional de 60 (sessenta) dias para a apresentação da sua resposta, em visto do avançado volume de dados.

A Fiscalização entendeu a manifestação como uma negativa da pessoa jurídica, contexto em que os valores das contribuições sociais foram calculados sobre a Receita Omitida demonstrada na Tabela 2, sobre as quais foram aplicadas as alíquotas da tributação monofásica, nos percentuais de 16,65% para a Cofins e de 3,50% o PIS/Pasep, conforme disposto pelo art. 58-J, § 11, combinado com o art. 58-I da Lei nº 10.833, de 2003, tudo conforme detalhado em demonstrativo cujo cabeçalho encontra-se a seguir transcrito:

Tabela 5: Apuração dos valores da COFINS e da Contribuição ao PIS incidentes sobre a Receita Omitida "Bebidas Frias"

Valores em R\$

MÊS	Receita Omitida Bebidas Frias	COFINS Alíquota 16,65%	PIS Alíquota 3,5%
-----	----------------------------------	---------------------------	----------------------

#### DA MULTA QUALIFICADA

Conforme apurado na ação fiscal, no período de 24 de junho de 2010 a 24 de abril de 2015, o contribuinte, utilizando-se de diversos artifícios dolosos, tais como, falta de emissão de notas fiscais, ou emissão com valores subfaturados, constituição de empresas "de fachada" abertas em várias regiões do Brasil, deixou de oferecer à tributação cerca de 80% da receita auferida pela venda de produtos por ela fabricados.

Conforme demonstrado na tabela 4 do item 3, o contribuinte emitiu Notas Fiscais pela venda de produtos no valor de R\$ 92.856.846,25, enquanto a receita auferida pela venda de produtos atingiu o montante de R\$ 466.039.683,45, o que resultou no valor total de R\$ 373.644.877,12 de receita omitida.

*As provas colhidas durante as investigações da OPERAÇÃO ARION II são robustas, incluindo aí interceptações telefônicas ordenando operações comerciais e financeiras à margem da escrituração, documentos que denunciam a concretização de tais operações, os resultados da perícia nos bancos de dados e equipamentos de informática apreendidos e pelos depoimentos prestados de testemunhas.*

*Prosseguindo, o AFRFB efetuou a transcrição de algumas conversas telefônicas gravadas com autorização judicial, as quais versavam sobre conversas entabuladas por funcionários e vendedores/colaboradores da pessoa jurídica autuada, efetuadas com o propósito da venda de produtos sem a emissão das notas fiscais.*

*As circunstâncias narradas nos diálogos transcritos evidenciam, de forma inequívoca, que a empresa fiscalizada cometeu não só infração fiscal, mas crime de sonegação fiscal, conforme definido pelo art. 71 da Lei 4.502, de 1964, sendo por isso aplicada, sobre os valores do tributo e contribuições apurados com base na receita omitida, a multa qualificada de 150%, estatuída no art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei n.º 11.488, de 2007.*

#### **DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELOS CRÉDITOS APURADOS**

*Conforme cláusula quinta do Contrato Social Consolidado, consignado na 9ª Alteração Contratual registrada na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em 27 de janeiro de 2016, sob o n.º 20169957071, o sócio GILVAN CARDOZO DA SILVA, CPF n.º 065.162.599-84, possui 99% do capital social da empresa 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA (nova razão social BRASIL KIENEN INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA), no valor de R\$ 990.000,00, e administra a pessoa jurídica (cláusula sexta).*

*É filho do Sr. RAINOR IDO DA SILVA e juntos promovem os interesses da organização sob comando do pai, atuando especialmente com ele, de modo que também organiza o esquema de sonegação fiscal articulado pelo grupo de empresas, participando também das atividades voltadas à lavagem do produto dos ilícitos.*

*Percebe-se pelos áudios das interceptações telefônicas obtidas por autorização judicial que o Sr. GILVAN CARDOZO DA SILVA atua diretamente na produção de bebidas à margem da legislação e conduz a comercialização de tais produtos sem sujeição à regular tributação. Nesse passo, com capacidade de coordenação nas atividades da empresa 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA, chega a orientar funcionários em como proceder por ocasião da guarda de caminhões na madrugada, devido à fiscalização, como verificado na transcrição de uma interceptação telefônica datada de 10/02/2015, fl. 211.*

*Quanto ao Sr. RAINOR IDO DA SILVA, CPF n.º 556.544.449-72, é o administrador maior da organização, responsável pela condução de todos os negócios, inclusive os ilícitos, especificamente a redução ou supressão de tributos mediante o não fornecimento de notas fiscais, emissão de documentos fiscais em desacordo com a legislação (com valores subfaturados, simulando transferências para distribuidoras, cadastro de empresas fictícias com o fim de simular operações), ocultação de receitas, bens e valores, utilização de sistema para burlar controle fiscal da produção de bebidas.*

*Embora não conste como sócio da empresa 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA, mencionada pessoa atua como administrador de fato da organização.*

*Foi sócio da empresa até 14 de agosto de 2012 quando passou parte de sua participação para seu filho GILVAN CARDOSO DA SILVA e para um dos seus "empregados", o Sr. Jonas Carvalho Bueno, CPF n.º 936.786.739-53, conforme a 7ª Alteração Contratual registrada na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em 14 de setembro de 2012, sob o n.º 20122533593.*

*A seguir, transcreveu alguns áudios de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente que, de acordo com a Fiscalização, comprovam que o Sr. RAINOR IDO DA SILVA é um dos administradores da pessoa jurídica autuada.*

*A condição de administrador de fato, atribuída ao acima referido senhor, foi confirmado por depoimentos de testemunhas, a exemplo do ocorrido com prestado pela Sr<sup>a</sup> Marina Santos de Quadros no sentido de que a organização efetuava vendas sem documentos fiscais, emitia notas fiscais em nome de falsos remetentes e falsos destinatários.*

*Além de exercerem o poder de comando sobre toda a organização criminosa de sonegação de tributos com graves danos ao erário, tanto o Sr. GILVAN CARDOZO DA SILVA quanto o Sr. RAINOR IDO DA SILVA se beneficiaram diretamente da economia tributária conseguida, uma vez que ambos tiveram seu patrimônio aumentado significativamente mediante a aquisição de bens, conforme exaustivamente comprovado nas investigações efetuadas durante a OPERAÇÃO ARION II.*

*Sendo assim, de acordo com a previsão legal contida no artigo 135, inciso III, da Lei n.º 5.172/66 (CTN), a Autoridade Lançadora teve por comprovada a sujeição passiva por responsabilidade pessoal do sócio-administrador GILVAN CARDOZO DA SILVA, CPF n.º 065.162.599-84, assim como do administrador informal RAINOR IDO DA SILVA, CPF n.º 556.544.449-72, pelos débitos fiscais constituídos em nome da empresa 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA, CNPJ n.º 03.408.722/0001-78, relativos ao período fiscalizado de junho de 2010 a abril de 2015.*

#### **DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS E DO ARROLAMENTO DE BENS**

*Em vista de os fatos apurados na ação fiscal configurarem, em tese, a prática de crimes contra a ordem tributária, tipificados no inc. I do art. 1º da Lei n.º 8.137, de 1990, e em vista do disposto pela Portaria RFB n.º 2.439, de 2010, deu-se a elaboração de Representação Fiscal para Fins Penais, matéria que se faz presente no processo n.º 10920.722891/2016-04, o qual se encontra juntado ao presente por apensação.*

*Além disso, considerando-se que os créditos tributários constituídos superarem o limite legal estabelecido na Instrução Normativa RFB n.º 1.565, de 2015, foram elaborados Termos de Arrolamentos de Bens, o que se deu no bojo do processo n.º 10920.722890/2016-51, igualmente apensado ao presente.*

#### **DA NOTIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS**

*A notificação da pessoa jurídica, assim como das pessoas naturais consideradas devedoras solidárias, Sr. RAINOR IDO DA SILVA e Sr. GILVAN CARDOZO DA SILVA, forma efetivadas pela via postal no dia 19/08/2016, fls. 23.147/23.157.*

*A solicitação da juntada da impugnação formalizada em nome da pessoa jurídica e do Sr. GILVAN CARDOZO DA SILVA deu-se de forma eletrônica no dia 20/09/2016, fls. 23.162/23.223.*

*Quanto à impugnação em nome do Sr. RAINOR IDO DA SILVA, foi apresentada na repartição fiscal no dia 20/09/2016, fls. 23.261/23.276.*

**DA IMPUGNAÇÃO FORMALIZADA EM NOME DA PESSOA JURÍDICA E DE GILVAN CARDOZO DA SILVA**

*Do Retrospecto Fático*

*Como forma de retroceder ao ocorrido durante a OPERAÇÃO ARION II, levada a efeito no ano de 2015, assinalaram os impugnantes que no ano de 2011 “um invejoso concorrente confessadamente, contratou pseudo “detetive” para proceder e forjar uma fantasmagórica compra de bebidas dos investigados, exigindo apenas que a emissão da Nota Fiscal contivesse apenas 10% do valor da compra. De posse deste documento, Mário Cardoso – o invejoso concorrente – instou o douto MP a proceder à abertura de investigação, nela sendo postulada interceptação telefônica, por 15 dias, de oito aparelhos e, cada vez, outros aparelhos sendo acrescentados até 13/04/2015 (três dias antes da Representação Ministerial de 16/04/2015). Durante mais de 1.460 dias, todos os vendedores, motoristas e empresários da 101 do Brasil Ltda. sofreram intensa vigilância por parte das Polícias Civil e Militar e mesmo da Polícia Rodoviária Federal, bem como intenso monitoramento telefônico, além da fiscalização tributária de Auditores da Receita Estadual. Estranha-se que de todo o tempo investigado a única “prova” da Autoria foi a forjada pelo inimigo capital (nem mesmo a Polícia poderia forjar flagrante preparado – ex vi da Súmula 145 do STF)”.*

*Aduziu que “nesses 4 longos anos de severa vigilância, não se alcançou qualquer resultado que lhe pudesse ser tido como exitoso. Por quê? Porque verdadeiramente tudo, data vênia, não passava de aleivosias ciumentas, descabidas e inverídicas. N’outros termos, por 4 longos anos se buscou a tão necessária prova de eventual crime tributário e nada se localizou!”.*

*A despeito disso, “vem o douto Ministério Público de nominar 13 pessoas pela prática de seis minúsculas irregularidades na comercialização de bebidas, conforme: a) infração de trânsito no Rio Grande do Sul, b) transporte de mercadorias no estado do Rio Grande do Sul, c) utilização de filial fictícia no estado do Paraná, d) emissão de Nota Fiscal da empresa Parati de mercadorias da 101 do Brasil, e) idem por parte da empresa Nordeste, f) transporte de mercadoria sem nota fiscal”, com base nas quais postulou o Ministério Público:*

- a) A busca e apreensão, em 23 endereços, das cópias de cheques, dinheiro nacional ou moeda estrangeira;*
- b) Quebra de sigilo informático dos dados armazenados em CD's, DVD's e mídias afins;*
- c) Sequestro de 124 caminhões utilizados na distribuição de bebidas para serem “avaliados” e “vendidos antecipadamente”;*
- d) Sequestro de embarcações, sendo uma lancha e uma moto aquática;*
- e) Sequestro de 51 imóveis;*
- f) Sequestro de depósitos bancários de 48 contas-correntes, sendo 6 de pessoas físicas e 42 de empresas.*
- g) PRISÃO PREVENTIVA de Rainor Ido da Silva (empresário); Gilvan Cardozo da Silva (empresário); Roni Ido da Silva (empresário); Jaime Viera Jr. (administrativo); Anderson de Lima (representante comercial); Ademir*

*Cesário Delfino (vendedor); Marina Santos de Quadros (analista); Geyson Fritzke (técnico de informática); Fabian Cardoso de Souza (representante comercial); Jeferson Daniel (motorista de caminhão); Cleverson Franco de Lima (motorista de caminhão); Jaderson da Silva (atendente); Anderson Felício (atendente).*

*Ultrapassada essa fase perante a esfera penal, “com o reconhecimento, pelo e.TJSC, de ilegal constrangimento nos autos do Habeas Corpus n.º 2015.027377-1, resta ao fisco um lançamento tributário com fundamento único, exclusivo e até o momento jamais visto e desconhecido HD, supostamente apreendido em residência que sequer era objeto da Busca e Apreensão, e nem foi autorizada pelo Juiz Natural da causa”.*

*Mencionada apreensão, foi realizada por verdadeiro esquadrão policial, enquanto se encontrava recluso o filho do Sr. Jaime Vieira, que, segundo firmado no termo de apreensão, “fizeram a entrega espontaneamente de uma bolsa tipo notebook marca gladiador na cor preta contendo no seu interior um disco rígido de computador marca Seagate S/N 5vnmzxm4 [...]”, o que em verdade não ocorreu.*

*O ocorrido foi uma “truculenta” “abordagem” policial na residência do Sr. Jaime Vieira, com a exigência da entrega da mencionada bolsa, por meio da ameaça de “invasão a sua residência” ao argumento de que “possuíam um mandado de busca e apreensão”.*

*As circunstâncias fáticas apresentadas ensejam a nulidade total da presente autuação.*

*Da Nulidade da Autuação Diante da Ausência de Documento e Informações Indispensáveis – Cerceamento de Defesa*

*O procedimento fiscal teve como origem elementos colhidos na OPERAÇÃO ARION II, quando foi supostamente apreendido um HD que também supostamente continha dados de vendas de clientes da Impugnante.*

*O crédito tributário foi apurado exclusivamente com base nas “planilhas FT117 (Tabela de Notas Fiscais) e FT118 (Tabela de Itens das Notas Fiscais)” informações essas extraídas a partir dos “arquivos PD102 e PD122” (referente às operações realizadas pela empresa), que foram obtidos a partir “das mídias em meio digital apreendidas na Operação Arion II, conforme Laudo Pericial n.º 9102.15.01016”, como registrado pelo Fisco.*

*A despeito de constar do Laudo Pericial n.º 9102.15.01016 que a apreensão da mídia digital se deu na sede da empresa, em verdade a medida foi praticada de forma ilegal e na posse de terceiros, em endereço diverso da sede da autuada. É o que consta de informações constantes do Termo de Apreensão, a parcialmente transcrito pelos impugnantes.*

*Ao longo do procedimento fiscal, o contribuinte não teve acesso ao HD que fundamentou o lançamento, não tendo conhecimento do seu paradeiro e da veracidade da mídia apreendida em poder de terceiros. Não foi disponibilizada pelo Fisco, ainda que expressamente postulada, a exibição do HD original, bem como o encaminhamento do espelhamento dos dados realizados na data da apreensão, com o correspondente código HASH daquela oportunidade.*

*Os dados foram utilizados pela Fazenda Nacional em razão da Decisão proferida nos autos do processo n.º 006981-63.2015.8.24.0038, da 2ª. Vara Criminal de Joinville, que deferiu o compartilhamento de todas as provas obtidas na OPERAÇÃO ARION II, constando da relação de documentos*

*enviados pelo MP/SC à RFB os arquivos, em formato MS/Excel com a relação de vendas com descrição de produtos (os produtos estão em dois arquivos em função da quantidade de linhas aceitas pelo Excel), em razão do que foi aduzido que a Impugnante utilizaria um sistema paralelo de gestão de vendas, contendo o registro da vendas realizadas, o que bem demonstra que a apresentação/disponibilização dos dados do suposto HD representa uma medida indispensável ao prosseguimento do presente processo.*

*Deve ainda ser esclarecido se se tratava de um backup particular ou não; quem efetuou o mencionado backup e porque; se não era backup, quem inseriu os últimos dados antes da apreensão; quem é o seu proprietário; por que o Sr. Jayme o mantinha em sua residência; como se chegou naquela residência naquele dia; quem levou, etc, etc, etc.*

*Também jamais foi esclarecido qual a autoridade o deslacrou, quem efetivamente acessou seus dados, se foi o IGP pela primeira vez ou se foram os Policiais, os Promotores ou os Auditores Fiscais do GAECO que tiveram acesso prévio.*

*A ausência dessas obscuras informações torna a prova totalmente duvidosa. Inexiste uma foto sequer do referido instrumento, nenhuma filmagem do seu deslacramento, muito menos de seu espelhamento.*

*Em suma, a prova disponibilizada pelo GAECO não foi submetida ao manto do contraditório, não foi objeto de guarda pelo Juízo competente, tendo ficado à disposição e sujeita ao acesso diário dos participantes da operação que deu azo à sua captura, comprometendo gravemente os dados colhidos, se é que o foram.*

*Em face de tudo o que já foi discorrido, o responsabilizado RAINOR IDO DA SILVA interpôs, perante o Supremo Tribunal Federal, uma Reclamação que foi autuada sob o n.º 24.818/DF, com vista a obter acesso à referida mídia, tendo o eminente Ministro Marco Aurélio proferido Decisão no seguinte sentido:*

[...]

3. Defiro a liminar pretendida para que os reclamantes, considerada a condição de acusados, tenham acesso pessoal e imediato ao disco rígido mencionado na inicial, devendo a autoridade responsável adotar as cautelas que reputar pertinentes para supervisionar o contato com o dispositivo eletrônico.

*Consta da defesa que “Essa decisão, pasmem, não foi até o momento cumprida, a medida que, diante de nova decisão que determinou o trancamento das Ações Penais ajuizadas na Comarca de Joinville, por força de r.decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC n.º 73.599/SC (impetrado em favor de Rainor e Gilvan)”.*

*E quando intimada pela Autoridade Fiscal, relativamente aos dados contidos no HD, a 101 DO BRASIL requereu o acesso à mídia mas não teve o seu pedido respondido pelo autor do procedimento.*

*Assim, o Contribuinte não tem como se contrapor aos dados utilizados e ao conteúdo das planilhas que sustentam o lançamento, ficando a sua defesa restrita a questões aritméticas na apuração da quantia exigida.*

*Não assegurado acesso ao espelhamento do HD do dia da apreensão, é certo que há ofensa direta à motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, sendo negada vigência ao art. 5º, LIV*

*da Constituição Federal, não se podendo falar em exercício pleno ao direito de defesa sem a disponibilização dos dados fidedignos do HD.*

*Tendo o lançamento se pautado exclusivamente nos dados extraídos do suposto HD, diante do cerceamento da defesa e da ofensa ao contraditório, representado pela negativa de acesso aos respectivos dados, deve ser declarada nula a autuação fiscal.*

*Da Nulidade Decorrente da Ausência de Mandado Judicial na Apreensão do HD*

*A despeito de estabelecer o inc. LVI do art. 5º da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, o que se vislumbra no caso em voga é que todo o lançamento decorreu exclusivamente de dados extraídos unilateralmente de desconhecido HD, supostamente apreendido de terceiros (Jaime Vieira e Maria do Carmo Leite Vieira), genitores de um dos investigados na OPERAÇÃO ARION II que se encontrava recluso naquela ocasião.*

*A apreensão que ocorreu sem autorização do Juízo Criminal da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC, tendo o esquadrão policial do GAECO se deslocado até a residência do Sr. Jaime Vieira, supostamente às 22 horas, para lá promover coercitiva busca, tendo registrado mediante insubsistente Termo de Apreensão que teria havido “a entrega espontaneamente de uma bolsa tipo notebook marca gladiador na cor preta contendo no seu interior um disco rígido de computador marca Seagate S/N 5vmnzm4 [...]”, o que não foi corroborado por qualquer testemunha.*

*O que se comprova, conforme declaração prestada pelo próprio Sr. Jaime Vieira, é que jamais houve a suposta espontaneidade constante do Termo de Apreensão. É o que se extrai de declaração firmada pelo mencionado senhor perante o Tabelião de Notas e Protestos de Títulos de Araquari/SC:*

*Pelo DECLARANTE é dito: (2.1) que aos 25/04/2015 (vinte e cinco dias do mês de abril do ano de dois mil e quinze), por volta das 22h30min, chegaram em sua residência 5 (cinco) pessoas de forma truculenta, alegando ser policiais e exigiram que o Declarante entregasse a bolsa de seu filho o Senhor JAIME VIEIRA JUNIOR, que se encontrava no interior da residência do declarante; que em conversa o declarante se recusou a entregar a bolsa do Senhor JAIME VIEIRA JUNIOR. mas os policiais insistiram para que o declarante o Senhor JAIME VIEIRA entregasse a bolsa, e se não entregasse, eles invadiriam a sua residência, pois possuíam um mandato de busca e apreensão.*

*O Declarante deixou indubitoso que “se obrigou a entregar a bolsa para os policiais mesmo sendo totalmente contrário a forma que abordaram a sua residência”, não havendo nada de espontâneo na entrega. Informe-se que em caso semelhante, o STJ reconheceu a nulidade da busca e apreensão (RHC 18.204/RS, Dje 16/02/2009), tratando-se de decisão que se ajusta ao caso presente em que houve, pelo que consta, verdadeira busca e apreensão sem qualquer mandado judicial que lhe desse respaldo.*

*Aqui não se questiona a constitucionalidade ou a validade da legislação tributária, mas sim a constitucionalidade e validade da prova, posto que a presente autuação decorre unicamente de prova ilícita.*

*Da Nulidade do Espelhamento do HD Clandestinamente Apreendido*

*Conforme diz o próprio GAECO, o HD teve seus dados extraídos à margem de qualquer legalidade, não se permitindo nem mesmo à Impugnante a verificação*

*da autenticidade dos dados obtidos. Sequer foi facultado à autuada o acompanhamento da leitura inicial do material apreendido.*

*Do Laudo Pericial que extrai os dados da mídia apreendida – autos da Ação Penal nº 006973-86.2015.8.24.0038 – se colhe a primeira inconsistência: diversos HDs estão discriminados com o código HASH da data da apreensão, tendo a Impugnante destacado 3 (três) exemplos a conter os respectivos espelhamentos. Contudo, estranhamente o HD ilegalmente apreendido não contém qualquer indicativo relativamente ao seu espelhamento e da criação do código HASH no ato da apreensão, ferramenta que é indispensável para a aferição da autenticidade e ausência de modificação do arquivo durante a fase do Inquérito.*

*Embora a clandestina e ilegal apreensão do HD tenha ocorrido em 25/04/2015, a primeira e unilateral perícia (e parcial extração dos dados) foi realizada apenas em 27/05/2015, mostrando-se totalmente inconclusiva – apenas colega dados por amostragem – criando um Código HASH dois dias após a apreensão.*

*A última perícia se deu em 25/06/2015. E pior, quando da realização da terceira perícia, cujos dados fundamentam de forma exclusiva o presente lançamento, sobreveio nova criação de um código HASH. Para um mesmo HD e para os mesmos arquivos periciados foram criados dois códigos HASH diferentes, o que ocorreu porque houve alteração dos arquivos durante o período.*

*No presente caso, não houve o espelhamento e a criação do algoritmo HASH quando da apreensão do HD na residência do Sr. Jayme, o que torna a prova eminentemente nula, por não retratar com fidelidade o sistema de arquivos no momento da apreensão, além de não ter havido sequer a apresentação dos arquivos à Impugnante, existindo, ademais, manifesta e já comprovada alteração no sistema de arquivos do suposto HD entre a primeira e a terceira perícias, como é possível se observar pela diferença dos dois códigos criados.*

*Outro ponto crucial que macula todo o levantamento de dados é que não houve a participação da Impugnante no espelhamento de dados e em sua extração, o que implica na completa nulidade do processo administrativo.*

*Era dever da autoridade do IGP/SC a intimação dos investigados para que, querendo, apresentassem seus assistentes periciais. Não tendo assim procedido, deverá ser declarada a nulidade de todo o procedimento.*

*Aqui não se trata de prova meramente unilateral, mas da abertura de dados de um HD que fundamentou todo o lançamento. No presente caso, inúmeros dados foram sorrateiramente alterados, conforme códigos HASH demonstrados acima, além de periciados dias ou meses após a sua apreensão.*

*Requer-se, pois, seja reconhecida a nulidade integral do presente Auto de Lançamento, por estar fundado em prova ilícita, decorrente da ausência de espelhamento com o Código HASH quando da apreensão, assim como diante da já comprovada alteração dos arquivos entre os exames periciais.*

*Igualmente, requer-se que seja reconhecida a nulidade em razão da ausência da participação da Impugnante quando do espelhamento dos dados e realização das perícias no suposto HD, que geraram as planilhas “Pedidos com Produtos” (divido em duas partes) e “Pedidos Vendas”, fundamento único e exclusivo do presente lançamento.*

*Prosseguindo com suas considerações, a Impugnante passou a discorrer sobre a inafastabilidade da Teoria da Árvore Envenenada, cotejando-a com os fatos*

*verificados durante os “4 longos anos de severa vigilância”, destacando que a “própria manjedoura do presente PIC tem como fundamento uma investigação particular”, pautada um flagrante preparado em evidente rota de colisão com entendimento sumulado pela Suprema Corte no sentido de que “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”, o que bem demonstra a aplicabilidade ao caso em comento da acima referida teoria, a qual já foi acolhida pelo STF no bojo do HC 93.050, Relator Min. Celso de Mello, DJe de 01/08/2008, assim como no HC 90.094, Relator Min. Eros Grau, DJe de 16/10/2009.*

#### *Da Decadência do Direito de Lançar o Crédito Tributário*

*Os tributos relativos às competências 06/2010 a 08/2011 encontram-se fulminados pela decadência do direito do Fisco em efetuar o lançamento do crédito tributário, vem que a interessada somente foi notificada no dia 19/08/2016.*

*Tratando-se de tributos lançados por homologação, o prazo decadencial é disciplinado pelo art. 150, § 4º, CTN, razão pela qual o termo inicial do prazo decadencial será o dia em que se considera ocorrido o fato gerador.*

*Como no período cuja decadência ora se suscita houve recolhimentos relacionados aos tributos lançados (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS), a prazo a ser considerado é o de cinco anos, estabelecido a partir de cada fato gerador, o que diz respeito a entendimento sedimentado pelo STJ, ex vi AgRg no REsp 1172391/RS, Relator Min. Benedito Gonçalves, DJe de 10/08/2011.*

*No mesmo sentido, entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AC: 232 PR 2004.70.00.000232-6, Relator: Dirceu de Almeida Soares, Segunda Turma, DJe de 25/10/2005).*

*No caso concreto, o Fisco sustenta que a empresa 101 DO BRASIL teria realizado vendas sem a emissão de documentos fiscais e escrituração nos livros próprios e, em decorrência disso, o não recolhimento dos tributos devidos. Nessa hipótese havendo recolhimento de imposto no período fiscalizado, como bem descrito pela autoridade fiscal, aplicável o prazo previsto no art. 150, § 4º do CTN, e logo, os créditos tributários relativos aos períodos anteriores a 08/2011 foram alcançados pela decadência.*

#### *Da Ausência de Desconsideração de Notas Fiscais e Pessoas Jurídica sem o Ato Declaratório de Inidoneidade – Nulidade do Auto de Infração*

*Tendo em vista o fato de a fiscalização haver apurado a receita omitida com base no cruzamento dos valores das vendas registradas no sistema paralelo de gestão de vendas com os valores das notas fiscais eletrônicas emitidas pela pessoa jurídica, conforme registrado no Termo de Verificação Fiscal, a autoridade fiscal implicitamente considerou como falsas as notas fiscais emitidas (pelo contribuinte e distribuidoras tidas como empresas fictícias), desconsiderando a contabilidade do sujeito passivo e das demais empresas, gerando a incidência dos tributos sobre os valores das referidas receitas.*

*Acontece que, contrariando a Lei nº 8.784, de 1999, o Decreto nº 70.235, de 1972, e diversas Portarias da RFB, não foi realizado o regular procedimento para a declaração de inidoneidade ou falsidade de documentos, pré-requisito indispensável para a desconsideração de natureza contábil.*

*Ao se deparar com documentos com suspeita de falsidade, existe um procedimento a ser necessariamente seguido, o qual se encontra prescrito na Portaria MF nº 187, de 1993.*

*Dispondo o apontado normativo sobre o procedimento a ser seguido para a declaração de inidoneidade de documentos, a sua não observância tem como consequência a nulidade do ato.*

*A corroborar com a necessidade de procedimento próprio para declarar a inidoneidade de documentos, tem-se o art. 300 da Portaria MF nº 203, de 2012, que aprova o Regimento Interno da RFB, estabelecendo a autoridade com competência para expedir súmulas e publicar atos declaratórios relativos à inidoneidade de documentos, o que torna evidente a necessidade de ser publicado, em Órgão Oficial, a inidoneidade de documentos relativos às operações comerciais realizadas com as empresas distribuidoras, tidas por “empresas fictícias”, conforme Relatório Fiscal.*

*Nesse sentido, decisão do Conselho de Contribuintes do RJ (Recurso nº 25.402 – Terceira Câmara).*

*A falsidade de documentos não decorre de meros indícios, devendo se seguido todo o procedimento legal, a fim de que tenha validade. Veja-se decisão adotada pelo CARF (Acórdão nº 107-08.637, de 26/07/2006), assim como decisão do STJ (REsp 196581/MG, de 04/03/1999).*

*No caso em análise, foram desconsideradas notas fiscais de saídas da empresa 101 DO BRASIL para diversas distribuidoras localizadas em diferentes estados da Federação, o que se deu sem que houvesse a válida declaração de inidoneidade de qualquer das notas fiscais.*

*Vale ressaltar que todos os lançamentos ora combatidos foram realizados sem que fosse procedido uma única diligência em qualquer das empresas tidas por fictícias, o que contraria o art. 36, § único da Lei nº 9.430, de 1996, a estabelecer que o sujeito passivo e demais responsáveis serão previamente notificados para acompanhar o procedimento de lacre e de identificação dos elementos de interesse da fiscalização.*

*A despeito de o Relatório Fiscal ter por fictícias tais empresas, o certo é que até a presente data todas elas continuam com o CNPJ ativo.*

*Ante o ocorrido, devem ser consideradas válidas todas as notas fiscais emitidas por essas empresas no período de junho/2010 a abril/2015, em face do que é requerida a declaração de nulidade do presente processo por indevidamente desconsiderar documentos que não foram prévia e validamente declarados falsos ou inidôneos.*

*Da Ausência de Prova da Receita Omitida. Injustificada Desconsideração das Notas Fiscais das Empresas Supostamente Fictícias e Falsos Destinatários – Ausência do Desconto da Totalidade dos Créditos Tributários Recolhidos – Nulidade do Auto de Infração*

*A Autoridade Fiscal possui pleno conhecimento de que a pessoa jurídica impugnante não possui vendas a consumidor final. Quase a totalidade da sua produção é destinada a distribuidoras de bebidas existentes em variadas localidades do País que pertencem ao responsabilizado RAINOR IDO DA SILVA mas que não tem as suas atividades confundidas com as da 101 DO BRASIL, que se destina quase que exclusivamente à industrialização das bebidas enquanto as outras cuidam da logística, venda e entrega das mercadorias, sendo o que comumente ocorre com as grandes empresas nacionais de bebidas (Ambev, Coca-Cola, etc).*

*Quando das providências cautelares foram expedidos diversos Mandados de Busca e de Apreensão em quase a totalidade das distribuidoras, ocasião em que*

*os membros do GAECO encontraram, em muitas delas, funcionários e estoques de bebidas, o que bem demonstra que existiam, de fato.*

*A própria RFB tem capacidade de verificar as declarações mensais das distribuidoras destinatárias da mercadorias da 101 DO BRASIL, operações que constam dos livros contábeis da impugnante e que virão aos autos assim que seja possível a sua digitalização.*

*Ainda assim e sem a edição de qualquer ato desconstituindo os documentos fiscais, a fiscalização simplesmente colheu o total de vendas aparentemente disposto em uma mídia que estava em poder de terceira pessoa, fora da sede de empresa, e descontou o total de tributos que a Impugnante havia recolhido nos últimos cinco anos, desconsiderando completamente a sua contabilidade, e tributando tudo como se tratasse de uma receita omitida.*

*Assim, os dados dispostos em uma mídia apreendida ilegalmente em poder de terceiros não pode, de forma exclusiva, representar prova de faturamento e de receita omitida sem que exista a análise dos livros fiscais, das DIPJs e sem que houvesse a análise das receitas ingressadas na conta corrente da Impugnante.*

*A premissa básica da omissão de receitas é a localização das quantias tidas por omitidas, do dinheiro efetivamente, inexistindo no presente caso qualquer prova de receitas recebidas que não tenham sido submetidas à tributação. Todas as receitas decorrentes de saídas de mercadorias da 101 DO BRASIL foram contabilizadas e devidamente registradas. As imagináveis receitas da ordem de R\$ 466 milhões, como o Fisco imagina, jamais existiram na pessoa jurídica atuada.*

*Outrossim, não houve qualquer configuração de grupo econômico entre a Industrial e as distribuidoras de bebidas, mas, mutatis mutandis, o que está a ocorrer no presente caso é, por via transversa, a anulação completa e irrestrita de todas as operações declaradas ao fisco pela Impugnante (de propriedade de GILVAN CARDOZO DA SILVA) e pelas Distribuidoras, de propriedade do responsabilizado RAINOR IDO DA SILVA, mas, sem qualquer fundamentação a respeito no Relatório Fiscal.*

*Existem inúmeras inconsistências nos pressupostos utilizados pela fiscalização na efetivação dos lançamentos combatidos. A exação fiscal atingiu todas as operações ocorridas no período considerado sem que os documentos fossem efetivamente desconstituídos. Ainda assim, o Fisco desconsiderou os tributos recolhidos pela 101 DO BRASIL, conforme verificado no processo nº 10920.722844/2016-52.*

*O Fisco sequer buscou diferenciar, por exemplo, quais notas fiscais para a Globev Distribuidora de Bebidas representava um efetivo pedido desta empresa, regularmente constituída, e quais se tratavam de alegada simulação, afirmando, genericamente, que se tratava de uma das empresas fictícias. Bastaria verificar o total vendido para as distribuidoras e os totais vendidos por estas últimas para os destinatários finais, o que não ocorreu no caso em combate.*

*A trilha de raciocínio adotada pelo Fisco desafiou provas obtidas na própria OPERAÇÃO ARION II, em que foi cumprido Mandado de Busca e Apreensão na sede da Globev Distribuidora de Bebidas situada no Rio Grande do Sul, local em que foram apreendidas mercadorias, o que por si só demonstra que nominada empresa não é ficta, tampouco serve de fachada, já que de fato recebia as suas mercadorias, conforme foi apurado.*

*Como a premissa adotada pelo Fisco foi de que todas as distribuidoras seriam em verdade uma só, deveria ter levado em conta os tributos recolhidos pela atuada e pelas demais empresas, o que deixou de ocorrer.*

*O que se extrai dos autos é que a Autoridade Fiscal efetuou a dedução apenas dos valores recolhido pela 101 DO BRASIL. Ao deixar de assim proceder em relação às demais empresas deu vazão a um enriquecimento sem causa para o Estado.*

#### *Da Incorreta Dedução dos Valores Recolhidos pela Atuada*

*O lançamento atingiu toda a receita supostamente omitida segundo informação extraída de “um sistema paralelo de gestão de vendas onde eram registradas as vendas realizadas pelo contribuinte”, o que se deu a partir de dados contidos em um HD ilegalmente apreendido, tendo sido aplicada multa qualificada sobre o quantum debeat apurado, antes de se efetivar a compensação com os valores já recolhidos à Fazenda Nacional.*

*Tendo assim procedido, as multas foram aplicadas com a utilização de uma base de cálculo representativa da totalidade do crédito tributário devido, sem a devida dedução dos valores já recolhidos, conforme DCTFs.*

*O limite para a base de cálculo da sanção é a diferença entre o imposto devido e aquele efetivamente recolhido pelo Contribuinte, devendo para tanto, serem efetivadas as devidas deduções antes do cálculo da multa, o que não ocorreu no presente lançamento.*

*Na hipótese em tela, em que teria havido suposta omissão parcial das receitas da Impugnante, com a apuração de “diferença de imposto” em razão da “declaração inexata” (declaração de valor inferior), a multa tem como base de cálculo a diferença de imposto apurada e não sua totalidade, como procedeu a autoridade fiscal.*

*Efetuando, como forma de amostragem, o cálculo relativo a multa aplicada sobre a diferença do IRPJ, do período de apuração compreendido entre 01/01/2012 a 31/03/2012, com a correta dedução dos valores já recolhidos, conforme DCTF, o resultado obtido seria diverso.*

*Deduzindo-se, do valor apurado como efetivamente devido no período (R\$ 307.600,63), aqueles valores recolhidos (R\$ 106.703,03) através da respectiva DCTF, de forma antecedente a aplicação da penalidade, chegando, assim, a diferença do imposto, nos termos da Lei, a base de cálculo da multa sofrerá uma redução de 34,48%, o que representa, no caso, um excesso de exação de R\$ 68.634,88, só em relação ao período analisado.*

*Dessa forma, imperioso que se proceda a correta dedução de todos os valores já recolhidos, antes da apuração do valor dos valores correspondentes as multas impostas, nos termos da legislação vigente.*

*Da nulidade dos valores do PIS/Pasep e da Cofins – Contribuinte Optante pelo REFRI – Possibilidade de Identificação dos Produtos (art. 58-I, § 11, III da Lei nº 10.833, de 2003*

*Como referido pela fiscalização, a 101 DO BRASIL é optante pelo Regime Especial de Tributação de Bebidas Frias desde 2009.*

*Segundo determinado pelo art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003, as pessoas jurídicas que industrializam ou importam os produtos que trata o art. 58-A desta mesma norma poderá optar pelo mencionado regime especial de*

*tributação, de forma que o PIS/Pasep, a Cofins e o IPI serão apurados a partir de um valor-base, expresso em reais ou reais por litro, discriminado por produto e por marca comercial e definido a partir do preço de referência.*

*Valendo-se das informações extraídas do HD, a autoridade fiscal, ao invés de proceder ao lançamento com a apuração dos valores devidos nos termos da norma acima comentada, transferiu o ônus para o contribuinte, intimando-o para “tomando por base as planilhas anexas e considerando que os valores apurados são muito superiores aos declarados”, apresentasse a “discriminação dos produtos vendidos”, o que permitiria a tributação em conformidade com o art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003.*

*Assim procedendo, desconsiderou os documentos fiscais e os valores declarados pelo contribuinte, fazendo-o com a imposição de que a fiscalizada adotasse o suposto “sistema paralelo de gestão de vendas”.*

*Por tais informações estarem alegadamente contidas no HD, a pessoa jurídica requereu o acesso à mencionada mídia e ao espelhamento de seus dados, com a devida prova da autenticidade do dia da apreensão, não tendo a Autoridade Fiscal apresentado qualquer resposta, tampouco viabilizado a pretendida exibição do equipamento ao sujeito passivo, interpretando, equivocadamente, que teria havido uma negativa da demandada em prestar as informações que possibilitassem a identificação dos produtos relacionados às bebidas frias, de maneira que efetuou a apuração dos valores de PIS/Pasep e de Cofins sem a observância do Regime Especial previsto no art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003.*

*Sendo assim, efetuou a tributação tendo em conta as alíquotas de 16.65% e de 3,50%, conforme disposto no art. 58-J, § 11, combinado com o art. 58-I, Lei nº 10.833, de 2003.*

*Ora, uma intimação encaminhada ao contribuinte jamais poderia se sobrepor ao determinado pelo art. 142 do CTN.*

*Conforme consta do inc. II do § 11 do art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003, os lançamentos somente poderá ser realizado sobre a receita omitida (procedimento adotado pela Fazenda Nacional), quando não for possível a identificação dos produtos vendidos.*

*E no caso em tela, inexistente qualquer óbice para que o Fisco – detentor das informações constantes no alegado “sistema paralelo de gestão de vendas” – realizasse a apuração dos valores de referência (reais por litros), efetuando a tributação em conformidade com o Regime Especial neste tópico tratado.*

*A partir da cópia de parte da planilha utilizada pela fiscalização, aduziu a impugnante restar cristalino que a Fazenda Nacional possuía todas as informações necessárias à apuração dos valores de referência e, em assim sendo, efetivar os lançamentos em conformidade com o regime especial em foco, modalidade de tributação mais benéfica ao contribuinte, visto a tributação ocorrer sobre um valor estimado, e não sobre a receita bruta da pessoa jurídica.*

*Não fosse o contribuinte optante por mencionado regime, certamente recolheria as contribuições com a aplicação dos percentuais de 0,65% e de 3,00% para o PIS/Pasep e para a Cofins, que são sobremaneira inferiores àqueles considerados pela fiscalização, em percentuais que somados chegam a 20,00%.*

*E ainda existe uma outra disparidade. Como se viu, a autoridade fiscal reconheceu o faturamento declarado pela Contribuinte de R\$ 92.856.846,25 (fls. 15/36 do Relatório Fiscal). Mas, mantém o reconhecimento de Receitas “Omitidas” na ordem total de R\$ 466.000.000,00. Recorde-se que o dispositivo aqui aplicado se aplica “a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidirão sobre as receitas omitidas”.*

*Deve assim ser reconhecida a nulidade da apuração que utilizou como base de cálculo a receita tida por omitida, com a apuração, pela Autoridade Fiscal, do valor de referencia, nos termos da fundamentação. Sucessivamente, requer seja alterada a forma de tributação para o regime cumulativo de PIS/COFINS, ou seja, sem a aplicação do regime previsto nos arts. 58-J e seguintes da Lei n.º 10.833, de 2003.*

*Da Inaplicabilidade da Multa Qualificada – Ausência da Individualização das Condutas que Resultaram na Suposta Omissão*

*Consta do Relatório Fiscal que “ o contribuinte, utilizando-se de diversos artifícios dolosos, tais como, falta de emissão de notas fiscais, ou emissão com valores subfaturados, constituição de empresas ‘de fachada’ abertas em varias regiões do Brasil, deixou de oferecer à tributação cerca de 80% da receita auferida pela venda de produtos por ela fabricados”.*

*Com base nas circunstâncias narradas e sem a devida comprovação material das condutas acima especificadas, entendeu a Autoridade Tributária que o Contribuinte cometeu o crime de sonegação fiscal, aplicando, em razão disso, a multa qualificada de 150% (art. 44, inc. I, § 1º da Lei n.º 9.430, de 1996, c/c art. 71 da Lei n.º 4.502, de 1964).*

*Acontece não ser possível identificar no Relatório Fiscal quais são as hipóteses em que houve efetiva emissão de nota fiscal com valores diversos do real, ou operações nas quais não se teve a emissão dos respectivos documentos fiscais, sobretudo sem terem sido desconsiderados os documentos fiscais.*

*Seria necessário que o Fisco demonstrasse, incontestavelmente, que o Contribuinte agiu com dolo, ou seja, que possuía animus em lesar o Estado, o que não ocorreu, em razão do que não há como se manter a exasperação da penalidade. Nesse sentido, tem-se decisão da CSRF (Acórdão n.º 01-05.483, de 19/06/2006).*

*Além de identificar as hipóteses em que houve efetiva omissão de receita, haveria que demonstrar a convicção do Contribuinte em agir em desacordo com o permissivo legal, com a clara ocultação da prática de suas atividades e negócios. Sem a presença do elemento anímico, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento essencial e constante expressamente do caput dos arts. 71 a 73 da Lei n.º 4.502, de 1964.*

*A empresa sofreu quatro longos anos de severa vigilância sem que fosse apurado qualquer elemento de fato que comprovasse a sonegação, tendo o Fisco se pautado de forma exclusiva em dados supostamente extraídos de HD ilegalmente apreendido na posse de terceiros que não são conhecidos da Impugnante. Além do que, não promoveu nenhuma diligência para comprovar se, materialmente, ocorreram, na forma descrita, as operações deduzidas dos dados obtidos.*

*Diante desse quadro, requer seja afastada qualquer penalidade ao presente Processo Fiscal, a medida que não vinculada a conduta às operações*

*tributáveis, impossibilitando qualquer defesa pelo Contribuinte, bem como não demonstrado o necessário dolo da Contribuinte.*

*Sucessivamente, requer seja afastada a penalidade qualificada, aplicando-se a mais benéfica, de 75% do valor do tributo devido (art. 44 da Lei nº 9.430/96).*

#### *Da Ausência de Solidariedade / Responsabilidade Pessoal*

*Segundo evidenciado no Relatório Fiscal, por ocasião do cumprimento da OPERAÇÃO ARION II, demonstrou-se que “Gilvan Cardoso da Silva, filho de Rainor Ido da Silva, promove os interesses da organização sob o comando de seu pai, atuando especialmente com ele, de modo que também organiza o esquema de sonegação fiscal articulado pelo grupo de empresas, participando também das atividades voltadas à lavagem do produto dos ilícitos”.*

*Nesse contexto, GILVAN CARDOZO DA SILVA foi considerado responsável pelo crédito tributário, hipótese somente aplicável em casos de uso de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, CTN).*

*Após reproduzir o art. 134 do CTN, argumentou o representante da Impugnante ser clara a lei no sentido de que, para a configuração de responsabilidade solidária e pessoal, necessariamente deve haver uma relação direta entre a eventual omissão e a as operações tributáveis, o que não ocorre com o Impugnante GILVAN CARDOZO DA SILVA, dada a inexistência de provas materiais de sua contribuição para o resultado, sendo, inclusive, fundamentado pelo Fisco que mencionado senhor não seria o administrador de fato da empresa.*

*Nesse passo, contraditória se mostra a responsabilização pessoal do sócio, na medida que o próprio Fisco reconhece que tal pessoa não detém poder de comando sobre a empresa, deixando, dessa forma, de demonstrar a sua atuação com excesso de poderes, ficando ausente de motivação e fundamentação a sua responsabilização tributária, o que requer seja promovida a sua exclusão da cobrança.*

#### *Da Indispensável Exibição do HD*

*A promoção da presente Impugnação somente poderia ocorrer a partir da integral exibição dos dados coletados no HD clandestinamente apreendido, cujos dados extraídos compõem as planilhas que fundamentam, de forma exclusiva, o presente lançamento através do espelhamento dos dados constantes da mídia na data da apreensão, o dia 25/04/2015.*

*Até a presente data a Contestante sequer teve acesso aos dados autênticos, mas apenas à sua reprodução, enquanto é notificada pela Fazenda Nacional para impugnar substanciais planilhas de dados colhidas justamente na mídia a que não teve acesso.*

*Resta, pois, prejudicada a defesa nesta hipótese, somente podendo ser exercida em sua plenitude quando for liberado o acesso integral aos dados apreendidos na operação policial, sob pena de cerceamento de defesa.*

*Ainda que sustente a autoridade fiscal que a referida mídia não está em sua posse, tal fato não a exime da obrigação de apresentar o espelhamento do HD apreendido, com a necessária comprovação da autenticidade dos dados, vez que efetua o lançamento exclusivamente com base em dados extraídos daquele.*

*Requer-se, pois, seja anulado o presente Auto de Lançamento, encaminhando-se na íntegra o espelhamento dos dados do HD no dia da apreensão (com o*

*respectivo código HASH) bem como, após, seja renovado o prazo para apresentação de Impugnação na forma da lei.*

*Da Errônea Inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS/Pasep e da Cofins*

*A despeito dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais mais recentes, deixou a Autoridade Fiscal de descontar das bases de cálculo do PIS/Cofins os valores correspondentes ao ICMS incidente sobre a infração.*

*A apontada questão foi apreciada pelo STN nos autos do RE 240.785, Relator Min. Marco Aurélio, publicado em 16/12/2014, em que foi reconhecida a repercussão geral do tema, tendo a demanda sido dirimida a favor dos contribuintes, consoante a ementa do julgado que foi transcrita.*

*Tanto o termo receita quanto o termo faturamento trazem consigo o sentido de ingresso, de incorporação ao patrimônio, que não se coaduna com o ICMS, considerado como ônus fiscal, nada mais que uma despesa. Assim, é necessário que haja entrada de receita, de forma positiva, efetivamente incorporada ao patrimônio do contribuinte.*

*Destaque-se, ademais, que as Súmulas 68 e 94 do STJ, invocadas, muitas das vezes, são anacrônicas.*

*A primeira se refere ao ICM, que comporta legislação distinta, não podendo ser estendida sequer ao ICMS.*

*Já a segunda, conforme demonstrado, vem sendo rebatida pelos mais recentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, como em diversos julgados dos Tribunais Regionais Federais e, mormente, o pendente julgamento do RE nº 240.785 pela Suprema Corte.*

*Na sequência, os Impugnantes discorreram sobre a evolução legislativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, trazendo, ainda, o posicionamento dos tribunais superiores acerca das inovações legais para, ao final de suas considerações, aduzir que “No presente caso, a Autoridade Fiscal levou em consideração todos os valores repassados aos compradores finais, a título de ICMS, na composição do valor total dos Autos de Infração, o que, data vênia, é absolutamente inconstitucional”.*

*Dos Requerimentos*

14. Isto posto, requer-se, preliminarmente (antes de qualquer análise meritória), no prazo improrrogável de 48 horas, seja encaminhado à Impugnante e devidamente exibido o espelhamento dos dados do HD clandestinamente apreendido realizado na data de sua apreensão (25/04/2015) com o correspondente código HASH. Igualmente, no prazo improrrogável de 5 dias, sejam determinadas novas Perícias, com a intimação da Impugnante para acompanhá-las, com respectivo assistente técnico.

14.1. Requer-se seja declarada a nulidade da apreensão da mídia digital, bem como seja declarada a nulidade do espelhamento e extração dos dados da mídia, anulando-se na integralidade o Auto de Infração, na forma dos itens III e IV supra;

14.2. Requer seja reconhecida a decadência de todo crédito tributário anterior à 19/08/2011, na forma do item V supra;

14.3. Requer seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração diante da inexistência do ato declaratório de inidoneidade, na forma do item VI supra;

14.4. Requer seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração diante da ausência de prova de omissão de receita e injustificada desconsideração de pessoas jurídicas, bem como diante da equivocada ausência de desconto da totalidade dos créditos tributários recolhidos pelas demais pessoas jurídicas, na forma do item VII supra;

14.5. Sucessivamente, que seja reconhecido o equívoco da dedução de valores, na forma do art. VIII supra;

14.6. Requer seja reconhecida a nulidade da apuração do PIS e COFINS sobre a receita “omitida” na forma do REFRI, como demonstrado no item IX supra;

14.7. Requer seja afastada a multa qualificada, na forma do item X supra;

14.8. Requer-se, ainda seja afastada a responsabilidade do Impugnante Gilvan, na forma do item XI supra;

14.9. Requer seja determinado o afastamento do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, na forma do item XIII supra;

14.10. Em não sendo anulado de plano, requer-se, desde já, para fins de comprovação do alegado nesta Impugnação, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente prova pericial, na forma do art. 16, IV do Decreto n.º 70.235/71, a medida que merece ser dirimidas inúmeras questões e premissas falsas e equivocadas adotadas pela autoridade fiscal, na forma dos quesitos abaixo articulados:

a) O Relatório Fiscal indica às fls. 04/36 que “a apuração da receita omitida pela fiscalizada foi efetuada com base no cruzamento dos valores das vendas registradas no sistema paralelo de gestão de vendas, constantes das mídias em meio digital apreendidas na “Operação Arion II” conforme Laudo Pericial n.º 9102.15.01016, emitido pelo IGP/SC e os valores das notas fiscais eletrônicas emitidas pela empresa 101 do Brasil Industrial Ltda.”. Diante dessa afirmação, responda o Sr. Perito:

a1) Houve, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal, o acesso aos dados das mídias digitais apreendidas e ao “sistema paralelo de gestão de vendas”?

a2) Em qual mídia apreendida estava registrado o “sistema paralelo de gestão de vendas”?

a3) O Acesso aos dados das mídias apreendidas se deu por qual órgão? E a extração desses dados?

a4) Há prova de garantia de autenticidade dos dados das mídias e prova de que não houve alteração dos dados das mídias desde o dia da apreensão?

a5) O Laudo Pericial n.º 9102.15.01016 foi realizado sob acompanhamento dos Réus/Investigados na Operação ARION II?

b) Consta do Relatório Fiscal “FT117 contendo as Notas Fiscais emitidas (no sistema paralelo de gestão de vendas) com 122.971 registros, totalizando R\$ 480.931.596,63” (fls. 04/36). Diante disso, responda o Sr. Perito se no presente Auto de Infração essas notas fiscais, no valor supra, foram declaradas inidôneas.

b1) Em sendo positiva a resposta, queira o Sr. Perito identificar se houve compensação, nos presentes Autos de Infração, do imposto recolhido a tempo e modo referente as Notas Fiscais supra identificadas.

c) Consta do Relatório Fiscal:

“As planilhas FT117 (tabela de notas fiscais) e FT118 (Tabela de Itens das Notas Fiscais) trazem os dados da empresa 101 do Brasil Industrial Ltda. (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda), CNPJ 03.408.722/0001-78, de Joinville/SC, no período de 24 de junho de 2010 a 24 de abril de 2015 e os dados da empresa Globev Distribuidora de Bebidas Ltda. (antes Red Horse do Brasil Ltda), CNPJ 13.579.761/0001-91, de terra de Areia/RS, no período de 10 de julho de 2012 a 04 de outubro de 2012.

As respostas da perícia as questões colocadas pelo GAECO/SC indicam que os arquivos apreendidos são os próprios controles de encomendas e vendas da 101 do Brasil Industrial Ltda (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda) e de outras empresas a ela ligadas”. Sendo assim queira responder:

c1) As tabelas FT117 e FT118 foram utilizadas para apurar a base de cálculo para lançamento do crédito tributário objeto dos presentes Autos de Infração?

c2) As “outras empresas” tais qual Globev Distribuidora possuem algum registro de venda de bebidas? Essas vendas foram objeto de declaração de faturamento à Receita Federal do Brasil?

c3) Houve declaração de inidoneidade das pessoas jurídicas em que o Responsabilizado Rainor Ido da Silva é sócio?

c4) Se houve compensação dos tributos recolhidos por essas mencionadas “outras empresas”, inclusive as que o Responsabilizado Rainor Ido da Silva é sócio, cujo faturamento, supostamente, compõe as planilhas FT117 e FT118, na constituição dos presentes Autos de Infração.

d) Consta do Relatório Fiscal que “Nos arquivos FT117 e FT118, o registro da venda tem o número 110123 (campo NR\_NOTA\_FISCAL), e inclui o pedido de nº 113156. Por outro lado, no banco de dados FT117/SF2010 da empresa Nordeste, no número 16312 do campo NR\_NOTA\_FISCAL há o registro do mesmo valor de mercadorias para o mesmo cliente”. Diante dessa afirmação, responda o Sr. Perito:

d1) É possível a autoridade fiscal ter conhecimento se a empresa Nordeste emitiu nota fiscal de venda de mercadoria ao cliente supra epigrafado?

d2) Considerando que houve emissão de Nota Fiscal da empresa Nordeste ao cliente supra epigrafado, é possível concluir que houve recolhimento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre essa operação?

d3) Essa mesma venda supra descrita (número 16312) foi objeto de tributação nos presentes Autos de Infração?

d4) Diante disso, responda o Sr. Perito se o recolhimento de Impostos dessa operação pela empresa Nordeste foi descontado do presente Auto de Infração.

e) Consta do Relatório Fiscal: “diante da negativa do contribuinte a prestar as informações que possibilitassem a identificação dos produtos correspondentes às vendas das “Bebidas Frias” constantes das Planilhas FT117 e FT118, para apuração dos valores devidos da COFINS e da Contribuição para o PIS pelo Regime Especial previsto no art. 58-J da Lei nº 10.833/2003, os valores das citadas contribuições foram calculadas sobre a Receita Omitida demonstrada na Tabela 2, às alíquotas de 16,65% e 3,5%, respectivamente, conforme disposto no art. 58-J, § 11, combinado com o art. 58-I, da Lei nº 10.833/2003”.

e1) Nas planilhas anexadas pela Autoridade Fiscal às fls. 1513 e seguintes é possível identificar o “produto vendido” (bebidas frias), conforme prevê o art. 58-J, § 11º, III, da Lei 10.833/2003?

e2) Nas planilhas anexadas pela Autoridade Fiscal às fls. 1513 e seguintes é possível identificar a quantidade, por unidade, de “produto vendido” (bebidas frias)?

e3) Nas planilhas anexadas pela Autoridade Fiscal às fls. 1513 e seguintes é possível identificar a quantidade, por litragem, dos “produtos vendidos” (bebidas frias)?

14.11. Desde já indica-se como assistente técnico para este ato o Sr. Felisberto de Maria Neto, brasileiro, contador e auditor, que deve ser intimado na Rua Doralice Ramos Pinho, nº 662, Barreiros, São José/SC acerca do início da Perícia.

14.12. Havendo a anulação, ainda que parcial, da presente Ação Fiscal, requer que seja restituído o prazo legal para apresentação de Impugnação.

14.13. Requer-se, ainda, seja conferido o prazo de 30 dias suplementares para a juntada de documentos, diante do extenso volume e dificuldade de digitalização.

14.14. Por fim, requer que as futuras intimações sejam publicadas e endereçadas ao advogado Diogo Nicolau Pítsica (OAB/SC 13.950), com endereço na Av. Rio Branco, nº 441, Centro, Florianópolis/SC, CEP 88015-201, bem como à sede do estabelecimento da Contribuinte sob pena de nulidade.

*DA IMPUGNAÇÃO FORMALIZADA EM NOME DO SR. RAINOR IDO DA SILVA*

*Do Destaque Inicial*

*É atribuído ao Impugnante o suposto cometimento de conduta tipificada como infração fiscal, dada suposta atuação como administrador de fato de 101 DO BRASIL INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA, utilizando “empresa de fachada” para promover saídas tributadas de bebidas, com o recolhimento a menor de tributos, emissão de notas fiscais com valores inferiores às vendas efetivamente praticadas, pelo que foi responsabilizado por crédito tributário de R\$ 145.644.619,40.*

*A verificação das condutas constante do processo fiscal decorreu do confronto entre os documentos fiscais da 101 DO BRASIL LTDA, Globev Distribuidora de Bebidas Ltda e Kienen Brasil Refrigerantes Ltda, com depoimentos, documentos e registros de vendas em meio digital, que diz o Fisco terem sido apreendidos na OPERAÇÃO ORINO II.*

*Os dados obtidos na mencionada operação são nulos, além de que os documentos compartilhados com o Fisco não são suficientes para comprovar a ocorrência de qualquer infração fiscal, sendo, tampouco, infundada a responsabilização solidária do Impugnante.*

*As desconhecidas e despropositadas vigilâncias e acompanhamentos da investigação foram compartilhadas com a Polícia Rodoviária Federal, com o Banco Central, Casa da Moeda e com a Fazenda Estadual, que nada encontraram de ilícito que servisse para sustentar um flagrante, bastando uma simples leitura dos documentos fiscais, tidos como oficiais, para comprovar a inexistência de flagrante.*

*Isoladamente considerados, os documentos obtidos na operação não são subsídios próprios e suficientes para a demonstração de qualquer infração fiscal, sendo, inclusive, ilegítima e ilícita a prova utilizada – mídia de armazenamento de dados HD – conforme se demonstrará.*

*Da Ausência de Solidariedade / Responsabilidade Pessoal como Responsável Tributário – Ausência de Motivação e Fundamentação para a Solidariedade Pessoal*

*A responsabilização do Impugnante se deu sob o argumento de que supostamente agiu com infração de lei em posse de suas funções, sendo afirmado que embora não figure no contrato social da empresa 101 DO BRASIL, o Impugnante seria o administrador de fato da empresa.*

*Ocorre que a alteração contratual que retirou o Impugnante do quadro societário da empresa 101 Brasil não foi declarada nula (administrativamente, nos termos da Portaria MF n.º 187, de 1993, nem judicialmente), inexistindo qualquer mácula para tal desiderato, sendo plenamente vigente, deixando incontestado que o Impugnante não possui qualquer poder de mando ou de decisão dos rumos que a empresa deveria seguir, pagar ou não impostos ou deixar de submeter operações tributáveis ao Fisco.*

*Mesmo que sejam levados em conta os depoimentos colhidos na OPERAÇÃO ARION II, nenhum deles confirmados em juízo, os mesmos não elidem a alteração contratual havida, que se mostra válida e plenamente eficaz.*

*Consoante depoimento de Carlos Augusto Lamim Pereira, prestado durante a OPERAÇÃO ARION II, o Impugnante "presta orientações a Gilvan no que diz respeito a empresa". O fato do Impugnante supostamente passar orientações ao sócio da empresa 101 BRASIL não o torna sócio desta. Muito menos o seu gestor, vez que as orientações não possuem poder decisório, restringindo-se a recomendações, que podem ou não serem seguidas.*

*Na qualidade de sócio da GLOBEV, o Contestante realiza reuniões comerciais com os gestores da 101 BRASIL, com a qual mantém relações comerciais, realizando a distribuição exclusiva dos produtos em diversas regiões do país. Conforme afirmou Marina Santos de Quadros, o Impugnante "dificilmente aparece na firma". Por óbvio que o Impugnante dificilmente aparece na sede da 101 BRASIL, pois não compõe mais o quadro societário da empresa, como antes ocorria.*

*O que sobressai dos depoimentos colhidos é que os funcionários da 101 BRASIL não souberam desvincular psicologicamente a figura do Impugnante da figura de comando exercida antes da alteração do quadro societário, apresentando dificuldade em reconhecer o filho do Impugnante como atual sócio gestor (chefe), reflexo da cultura patriarcal que molda a sociedade, ou seja, o pai deve comandar.*

*São depoimentos de pessoas que não deixaram de ver no Impugnante a figura de líder, mesmo após a alteração na composição societária. Se houvesse o comando deste, certamente seriam encontrados e-mails, documentos, anotações, ou até mesmo procuração lhe conferindo poderes, o que comprovariam a gestão da empresa 101 DO BRASIL pelo Impugnante, o que não foi localizado pela operação policial.*

*Inexistindo prova material da manutenção do Impugnante no quadro societário e na gestão da pessoa jurídica autuada, não tendo sido desconstituída a alteração contratual, relativa à sua saída do quadro societário, que permanece hígida, não há como imputar ao Impugnante a responsabilidade solidária pelos supostos créditos.*

*Na forma em que se efetivou a autuação fiscal, o ora Litigante vem sendo considerado, sem qualquer motivação, responsável pessoal pelo crédito*

*tributário, o que somente ocorre em casos de uso de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, das pessoas diretamente ligadas à empresa Contribuinte, como regula o art. 135 do CTN.*

*As pessoas mencionadas na norma devem possuir poder de decisão comprovado, não se aplicando a regras a terceiros sem vínculo com a pessoa jurídica autuada, sendo necessário que haja um liame entre o comportamento do terceiro responsável e a obrigação tributária.*

*Após transcrever o art. 134 do CTN, assinalou que da análise de tal norma não está relacionado como possível devedor solidário, principal, multa isolada e moratória, como também os juros. Dessa forma, não é cabível uma interpretação extensiva, não lhe podendo ser atribuída a responsabilidade solidária pretendida pelo Fisco.*

*Também inexistem provas de que, na condição de ex-sócio da 101 BRASIL, tivesse interesse comum com as atividades desempenhadas pelo contribuinte responsável direito da dívida tributária, não havendo como incluí-lo ou mantê-lo na condição de devedor solidário ou responsável pessoal pelo débito fiscal exigido.*

*Para a configuração de responsabilidade solidária e pessoal, necessariamente deve haver uma relação direta com a eventual omissão das receitas tidas por omitidas, o que não ocorre com o Impugnante, dada a inexistência de provas de sua contribuição para tal resultado, não existindo poder de mando ou autonomia de decisão, muito menos repercussão econômica na sua esfera diante dos fatos narrados.*

*Por somente poder ser possível a responsabilização de quem exerce papel de gerência, o que não foi demonstrado pela fiscalização, não há motivação para que o Impugnante seja tido como responsável tributário, sobretudo diante da regular alteração contratual antes invocada.*

*Inexistindo motivação legítima para a responsabilização, o ato administrativo padece de vício insanável por não observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficácia (art. 37, CF), em vista do que requer-se a nulidade do Termo de Intimação ou, alternativamente, a sua exclusão, por não ser passível de responsabilização solidária.*

*Da Nulidade do Lançamento – Ausência de Documento e Informações Indispensáveis – Cerceamento de Defesa*

*O auto de infração teve por base relatório fornecido por terceiro, contendo pedidos supostamente efetivados para a pessoa jurídica autuada, a serem encaminhados para diversas unidades da Federação, arquivos esses que não foram disponibilizados ao Impugnante, não compondo o presente processo fiscal.*

*O lançamento se deu com base exclusiva em tais informações, sem levar em conta os documentos fiscais da empresa.*

*Como os dados foram extraídos de um suposto HD que foi apreendido em poder de terceiro e de forma irregular, sem a presença de qualquer testemunha, imprescindível a sua disponibilização ao ora Impugnante, através do espelhamento realizado no dia da sua apreensão, medida que se faz indispensável para o prosseguimento da presente ação fiscal.*

*As obscuras informações acima apresentadas tornam a prova totalmente duvidosa, sendo certo que até o presente momento o Impugnante não teve*

*acesso ao apontado HD. No estágio em que se está, somente cabe ao Contestante voltar-se para o relatório apresentado pela fiscalização, mas não efetivamente sobre os dados extraídos que teriam gerado as planilhas que fundamentam o lançamento, o que torna aplicável ao caso o disposto pelo art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999: sem a disponibilização do espelhamento do HD do dia da apreensão, resta plenamente demonstrada a existência de ofensa direta à motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, além da própria eficiência.*

*Também houve ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, mandamentos que são consagrados pela Constituição Federal.*

*Dessa forma, requer seja reconhecida a nulidade do Processo nº 10920.722.844/2016-52, ante a ausência de informações, com a disponibilização do espelhamento (ou dados originais) do desconhecido HD que motivou a infração, o que representou manifesto cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório, nos termos da fundamentação.*

*Requer, ademais, que sejam disponibilizados todos os arquivos, documentos e dados originais que fundamentam a exação, sendo encaminhado no prazo impreterível de 05 (cinco) dias o espelhamento dos dados do HD apreendido (identificado como "HD do Servidor Principal", marca Seagate, número de série 5VMNZXM4, modelo ST3500418AS), realizados quando da apreensão (com o correspondente código HASH), na estrita observância do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório.*

#### *Da Nulidade da Apreensão do HD*

*A busca e apreensão da mídia digital em questão, segundo consta dos autos da Ação Penal, teria supostamente ocorrido às 22 horas em uma residência que sequer era objeto da investigação, razão pela qual o procedimento policial jamais foi autorizado pelo Juiz Natural da causa.*

*Segundo informado pelo próprio GAECO, a apreensão se deu por intermédio de um verdadeiro batalhão policial no momento em que se encontravam segregados de suas liberdades 14 pessoas. A despeito disso, os agentes policiais fizeram constar que a entrega teria se dado de maneira espontânea, afirmação que não merece subsistir, pois não houve sequer uma testemunha confirmando a versão policial.*

*Na tentativa de tangenciar a nulidade insanável decorrente da ausência de autorização judicial para a busca e apreensão, deu-se a expedição de um Termo de Entrega Espontânea da suposta mídia, fato que não contou com a confirmação de nenhuma testemunha.*

*Recentemente o Sr. Jaime (pessoa que entregou a mídia para a Polícia) registrou Declaração perante o Tabelião de Notas e Protestos de Títulos de Araquari com o seguinte teor:*

*[...] (2.1) que aos 25/04/2015 (vinte e cinco dias do mês de abril do ano de dois mil e quinze), por volta das 22h 30 min, chegaram em sua residência 5 (cinco) pessoas de forma truculenta, alegando ser policiais e exigiram que o Declarante entregasse a bolsa de seu filho o Senhor JAIME VIEIRA JUNIOR, que se encontrava no interior da residência do declarante; que em conversa o declarante se recusou a entregar a bolsa do Senhor JAIME VIEIRA JUNIOR, mas os policiais insistiram para que o declarante o Senhor JAIME VIEIRA entregasse a bolsa, e se não entregasse, eles invadiriam a sua residência, pois possuíam um mandato de busca e apreensão.*

*Como relatado, o que houve foi uma truculenta abordagem policial, seguida da exigência para entrega da referida bolsa, que se encontrava no interior da residência. Afirmou mencionado senhor que "se recusou a entregar a bolsa", e que naquele momento a autoridade policial ameaçou "invadir a sua residência" sob alegação de que "possuíam um mandado de busca e apreensão".*

*Sem outra opção, restou ao declarante entregar a bolsa aos policiais, mesmo sendo totalmente contrário à forma como se deu a abordagem na sua residência, o que bem demonstra que não houve nenhuma espontaneidade, como afixado pelos policiais.*

*Como agravantes adicionais, o depósito e abertura do suposto HD é obscura: quem o deslacrou e efetivamente acessou os seus dados?; teria sido o IGP (pela primeira vez)?; teriam sido os Policiais, os Promotores ou os auditores? Se efetivamente esses supostos dados representam fundamento para o lançamento tributário, imprescindível o esclarecimento e comprovação de todas essas dúvidas, o que não houve até o presente momento.*

*O que sobressai dos autos é que o suposto HD não foi depositado sob o manto do contraditório, não foi objeto de guarda pelo Juízo competente. Ao contrário disso, esteve (segundo a própria Autoridade Fiscal) sob a guarda e acesso diário do IGP por aproximadamente um ano, comprometendo gravemente eventuais dados colhidos, o que torna patente a ofensa ao inc. LVI do art. 5º da Constituição Federal, o que requer o reconhecimento da nulidade integral dos lançamentos impugnados.*

*Da Ausência de Comprovação de que as Mercadorias não Passavam pela Globev Ltda – Impossibilidade da Presunção da Infração Fiscal - Nulidade*

*O relatório fiscal desconsiderou, sem o devido ato de declaração de inidoneidade da empresa, os documentos fiscais emitidos pela empresa Globev Distribuidoras de Bebidas no período fiscalizado. Afirmou, genericamente, que a empresa seria "fictícia", sendo utilizada como empresa de fachada para simular operações com valores e quantidades reduzidas na nota fiscal para pagar menos tributo, quando os reais destinatários seriam outros.*

*Ocorre que na data em que foi cumprida a busca e apreensão na acima referida empresa foram apreendidas diversas mercadorias no local, o que demonstra não ser verdadeira a premissa fiscal.*

*Tendo a Autoridade Fiscal desconsiderado as mercadorias encontradas na Globev Ltda, sem declarar a inidoneidade dos documentos por ela emitidos, efetuou lançamento sobre a totalidade das operações listadas nas planilhas compartilhadas como se fossem vendas diretas da empresa autuada. Como a fiscalização não fez prova de que as operações não ocorreram dessa forma, o lançamento enfrentado partiu de uma errônea presunção.*

*Tendo em conta a vigilância que sofreu a empresa por longos quatro anos, a ser verdadeira a premissa fiscal, não haveria dificuldade na produção de prova nesse sentido. Ocorre, entretanto, que as diligências comprovam o contrário, ou seja, que houve a efetiva entrega de mercadorias para a Globev Ltda, haja vista as apreensões realizadas na sede desta empresa.*

*Inexiste a obrigação de o contribuinte provar que não sonogou. Em sentido contrário, cabe à fiscalização a demonstração inequívoca da omissão de receita, ex vi os artigos 142 e 149 do CTN.*

*Fraude e sonegação não se presumem, mas dependem da apresentação de provas, a cargo exclusivo do Fisco, inexistindo qualquer presunção de fé*

*pública para os Agentes Fazendários, vez que necessária a comprovação material da sonegação para cada uma das operações havidas no período objeto da autuação fiscal.*

*Vê-se, portanto, que a ação fiscal se mostrou pautada na presunção de que todas as operações seriam irregulares, considerando, sem a devida prova, ser fictícia a empresa Globev e simuladas todas as operações comerciais realizadas com ela, restando absolutamente nulos os lançamentos, pois não se pode presumir a fraude que, necessariamente, deverá ser demonstrada para cada uma das operações.*

*Da Inobservância do Regime Especial de Tributação de Bebidas Frias*

*Quando do lançamento do PIS/Pasep e da Cofins, a Autoridade Fiscal não efetuou a tributação com base no Regime Especial de Tributação de Bebidas Frias, previsto no art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003, o que se deu sob o fundamento de que teria ocorrido na negativa do contribuinte em prestar as informações que possibilitassem a identificação dos produtos relacionados às bebidas frias constantes das planilhas FT117 e FT118.*

*Em mais uma ocasião, seu desincumbir o seu ônus promover o correto e fundamentado lançamento, efetuou a apuração sobre a suposta receita omitida sem levar em conta o regime acima referido, a despeito de possuir as informações necessárias para tanto.*

*As planilhas contêm a descrição dos produtos, com as quantidades e os valores praticados, o que permitiria ao Fisco apurar o valor de referência (reais por litro), o que viabilizaria a determinação das contribuições na sistemática em foco.*

*Dessa forma, como o lançamento se deu sem a apuração da correta base de cálculo, deverá ser anulado por este Órgão Julgador.*

*Dos Requerimentos*

*Diante do exposto, requer-se, preliminarmente (antes de qualquer análise meritória), no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, seja encaminhado ao Impugnante e devidamente exibido o suposto HD original apreendido (que contem os dados que fundamenta todos os Lançamentos),*

*bem como o espelhamento dos dados realizados quando da apreensão com o correspondente código HASH, além de todos os documentos utilizados e dados extraídos que compõem o presente Auto de Infração.*

*Requer-se, ante a ausência de motivação e fundamentação para a responsabilização solidária do Impugnante pelo crédito tributário, nos termos do Item 2, seja declarada a nulidade da presente Ação Fiscal, alternativamente, a sua exclusão, por não ser passível de responsabilização solidária;*

*Requer, nos termos da fundamentação supra, o recebimento da presente Impugnação, para que seja imediatamente anulado a Ação Fiscal n.º 10920.722.844/2016-52, por decorrente de elementos probatórios derivados de prova nula, na forma do item 3 e 4 supra;*

*Igualmente, merece ser anulado a presente Ação Fiscal a medida que é fundamentado apenas na presunção da ocorrência de fraude/simulação em todas as operações comerciais envolvendo a empresa distribuidora Globev Distribuidoras de Bebidas e 101 Brasil Indústria de Bebidas, cabendo ao Fisco o ônus da prova da sonegação em cada uma das operações, sendo incabível a comprovação por amostragem, sob pena de ofensa ao devido processo legal;*

Requer-se, igualmente, seja anulado a presente Ação Fiscal e o lançamento do PIS e COFINS realizado sem a apuração da correta base de cálculo (valor de referencia) prevista no art. 58-J da Lei n.º 10.833/2003, por não observar a opção da empresa 101 Brasil ao Regime Especial de Tributação de Bebidas Frias. Requer, ainda, a produção de todas as provas em direito admitidas, em especial prova documental a ser juntada no prazo de até 30 dias (sem prejuízo de documentos supervenientes) bem como prova pericial contábil e informática em razão da complexidade dos dados;

*É o que se tem a relatar.*

Processado o feito, a 3ª Turma da DRJ/FOR proferiu o v. Acórdão, ora recorrido, dando provimento parcial às *defesas* opostas, ementado nos seguintes termos:

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

*Período de apuração: 31/07/2010 a 30/04/2015*

**PEDIDO PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA / DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO DAQUELAS CONSIDERADAS PRESCINDÍVEIS OU IMPRATICÁVEIS.**

*A autoridade julgadora integrante do contencioso administrativo determinará, de ofício ou a requerimento da parte interessada, a realização de procedimento de diligência ou de perícia. Tal medida somente deverá ocorrer na hipótese de considerar a realização de mencionado ato processual como imprescindível e efetivamente praticável, revelando-se escorreito, outrossim, o indeferimento do pedido na hipótese destas duas condicionantes não se mostrarem presentes no caso em apreciação.*

**BASES DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS APURADAS A PARTIR DE INFORMAÇÕES EXTRAÍDAS DE EQUIPAMENTO DE INFORMÁTICA APREENDIDO POR AUTORIDADE POLICIAL. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EXPEDIDO PELO PODER JUDICIÁRIO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ILICITUDE DA PROVA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DOS LANÇAMENTOS.**

*Considerando-se que a apreensão do equipamento de informática - de onde foram extraídas as informações utilizadas na constituição dos créditos tributários - foi efetivada por autoridade policial, em cumprimento de Mandado de Busca e de Apreensão autorizado por representante do Poder Judiciário, a competência para o reconhecimento da nulidade do ato de apreensão e para a invalidação da prova não pertence a este Órgão Julgador integrante da Administração Pública Federal. Na realidade, o poder decisório acerca da alegada infringência de preceitos de índole processual penal e de matéria constitucional, tais como a forma como se deu a apreensão do equipamento e o acolhimento, ou não, da teoria dos frutos da árvore envenenada, dentre outros aspectos abordados pelos interessados, não pertence ao julgador administrativo, mas sim a quem autorizou o procedimento pela defesa questionado, que não foi outro senão o Poder Judiciário.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Período de apuração: 31/07/2010 a 30/04/2015*

**LANÇAMENTOS POR HOMOLOGAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. DELIMITAÇÃO DO TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL.**

*O direito de a Fazenda Pública rever lançamento efetivado por homologação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos. Deverá ser contado, em geral, a partir da data em que é considerado ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. Por outro lado, quando inexistir o pagamento antecipado do tributo ou na hipótese de restar caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o prazo será determinado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

*Período de apuração: 31/07/2010 a 30/04/2015*

**NÃO ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO DE DESCONSIDERAÇÃO DE NOTAS FISCAIS E DE PESSOAS JURÍDICAS. AUSÊNCIA DA EDIÇÃO DO ATO DECLARATÓRIO DE INIDONEIDADE. PROVA COM BASE EM CONJUNTO ROBUSTO E CONSISTENTE DE INDÍCIOS. POSSIBILIDADE.**

*Inaplicável o rito processual estabelecido pela Portaria MF n.º 187, de 1993, no caso em que a metodologia probatória utilizada pela autoridade lançadora se pautou na adoção da receita total auferida pela pessoa jurídica, tendo os dados sido obtidos de uma mídia digital em relação à qual existem indícios fartos, veementes, graves, precisos e convergentes, apontando para a veracidade da tese abraçada pela fiscalização.*

**EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA PARA O PERCENTUAL DE 150%.**

*Nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, 1964, a multa de ofício será exigida no percentual qualificado de 150%, medida a ser considerada como legítima caso se mostre devidamente demonstrado nos autos a presença do animus fraudandi no comportamento manifestado pelas pessoas naturais responsáveis pela condução da atividade operacional da pessoa jurídica destinatária do lançamento fiscal, relativamente ao período objeto da autuação.*

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE PESSOAS NATURAIS PELOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS. GESTÃO DE FATO E DE DIREITO DOS NEGÓCIOS.**

*São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Logrando a fiscalização demonstrar que antigo sócio administrador formalmente excluído do quadro societário permaneceu no comando dos negócios da pessoa jurídica, ainda que atuando de forma compartilhada*

*com o sócio-gerente, cabível que a Autoridade Lançadora tenha por inseridas ambas as pessoas naturais no polo passivo da relação jurídico tributária, sob a conotação de responsáveis solidários pelos créditos tributários constituídos.*  
**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL**

*Período de apuração: 31/07/2010 a 30/04/2015*

**QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO IDÊNTICAS ÀQUELAS ENFRENTADAS NO JULGAMENTO DO IRPJ. RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO. APLICABILIDADE.**

*Em se tratando das mesmas questões de fato e de direito arregimentadas de maneira indistinta pelos defendentes, observada a relação de causa e de efeito existente entre os lançamentos impugnados, mutatis mutandis, aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) as mesmas razões de decidir que foram adotadas no julgado do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ).*

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

*Período de apuração: 31/07/2014 a 30/04/2015*

**TRIBUTAÇÃO DAS BEBIDAS FRIAS COM BASE NO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO ESTABELECIDO PELO ART. 58-J DA LEI Nº 10.833, DE 2003.**

*No caso de omissão de receitas, não sendo for possível se identificar os produtos vendidos, a Contribuição para o PIS/Pasep será exigida na forma determinada pelo art. 58-I da Lei nº 10.833, de 2003, a estabelecer que a contribuição social em apreço será calculada sobre a receita bruta decorrente das vendas dos produtos especificados no art. 58-A desta mesma norma, chegando-se à base de cálculo sobre a qual será aplicada a alíquota de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento). Inteligência do disposto pelo inc. II do § 11 do art. 58 da Lei nº 10.833, de 2003.*

**BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.**

*A base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep é o faturamento, que corresponde à receita bruta auferida, não havendo previsão legal para exclusão do valor do ICMS que compõe o preço de venda da mercadoria.*

**QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO IDÊNTICAS ÀQUELAS ENFRENTADAS NO JULGAMENTO DO IRPJ. RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO. APLICABILIDADE.**

*Em se tratando das mesmas questões de fato e de direito arregimentadas de maneira indistinta pelos defendentes, observada a relação de causa e de efeito existente entre os lançamentos impugnados, mutatis mutandis, aplicam-se à Contribuição para o PIS/Pasep as mesmas razões de decidir que foram adotadas no julgado do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ).*

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS**

*Período de apuração: 31/07/2014 a 30/04/2015*

**TRIBUTAÇÃO DAS BEBIDAS FRIAS COM BASE NO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO ESTABELECIDO PELO ART. 58-J DA LEI Nº 10.833, DE 2003.**

*No caso de omissão de receitas, não sendo for possível se identificar os produtos vendidos, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) será exigida na forma determinada pelo art. 58-I da Lei nº 10.833, de 2003, a estabelecer que a contribuição social em apreço será calculada sobre a receita bruta decorrente das vendas dos produtos especificados no art. 58-A desta mesma norma, chegando-se à base de cálculo sobre a qual será aplicada a alíquota de 16,65% (dezesseis inteiros e sessenta e cinco centésimos por*

*cento). Inteligência do disposto pelo inc. II do § 11 do art. 58 da Lei nº 10.833, de 2003.*

**BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.**

*A base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) é o faturamento, que corresponde à receita bruta auferida, não havendo previsão legal para exclusão do valor do ICMS que compõe o preço de venda da mercadoria.*

**QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO IDÊNTICAS ÀQUELAS ENFRENTADAS NO JULGAMENTO DO IRPJ. RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO. APLICABILIDADE.**

*Em se tratando das mesmas questões de fato e de direito arregimentadas de maneira indistinta pelos defendentes, observada a relação de causa e de efeito existente entre os lançamentos impugnados, mutatis mutandis, aplicam-se à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social as mesmas razões de decidir que foram adotadas no julgado do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ).*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Crédito Tributário Mantido em Parte*

Em face de tal r. *decisum*, foram apresentados Embargos de Declaração contra o v. Acórdão exarado pela DRJ *a quo* (fls. 23.580 a 23.588).

Não obstante, diante de tal revés parcial, a Contribuinte interpôs o Recurso Voluntário, ora sob análise, em suma, reiterando suas alegações de Direito, bem como combatendo diretamente as conclusões alcançadas pela DRJ *a quo* em seu acórdão (fls. 23.602 a 23.648). Da mesma forma procedeu o Sujeito Passivo, Sr. Rainor Ido da Silva, apresentando seu *Apelo* (fls. 23.651 a 23.673).

Encaminhados o feito a este E. CARF, os autos foram objeto de r. Despacho de Encaminhamento (fls. 23.679), devolvendo os autos à DRJ competente, para o exame dos Embargos de Declaração opostos. Diante disso, foi proferido pela mesma C. 3ª Turma da DRJ Fortaleza/CE o r. Despacho (fls. 23.680 a 23.684) deixando de conhecer da peça de Embargos de Declaração e determinando o retorno dos autos a este E. CARF.

Na sequência, os autos foram encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

Analisando preliminarmente o feito, este Relator verificou que o Sujeito Passivo, Sr. Gilvan Cardozo da Silva não fora regularmente intimado do v. Acórdão da DRJ *a quo*, que julgou as Impugnações apresentando. Tampouco foram os subscritores dos Embargos de Declaração cientificados do r. Despacho (fls. 23.680 a 23.684) que não lhes conheceu.

Dessa forma, foi elaborada Informação e proferido do r. Despacho de Saneamento (fls. 23.686 a 23.688), determinando a regularização processual do feito, sanando tais *vícios* de intimação.

Devidamente intimados os Sujeitos Passivos, a Contribuinte reiterou os termos de Recurso Voluntário por petição (fls. 23.701), assim como o Sr. Gilvan Cardozo da Silva apresentou seu *Apelo* (fls. 23.704 a 23.757). O Sr. Rainor Ido da Silva ofertou razões complementares ao seu Recurso Voluntário, após a cientificação do não conhecimento dos Declaratórios (fls. 23.760 a 23.785).

Posteriormente, os autos foram novamente encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Relator.

Os Recursos Voluntários são manifestamente tempestivo e sua matéria se enquadra na competência desse N. Colegiado. Os demais pressupostos de admissibilidade igualmente foram atendidos.

O Recurso de Ofício atende às hipóteses de cabimento trazidas na Portaria MF n.º 63/2017.

Como relatado e também consta do TVF, a presente contenda tem como objeto lançamento de ofício motivado por infração de *omissão de receitas da atividade*, ocorrida entre os anos 2010 e 2015, cuja a integralidade dos fatos apurados e das circunstâncias de sua lavratura tem origem exclusiva na *Operação Arion II*, promovida e levada a cabo pelas Autoridades Policiais e pela Promotoria (GAECO) do Estado de Santa Catarina.

Após o encerramento da operação criminal, a pedido do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e por força da r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Justiça Estadual de Joinville/SC (fls. 890 e 894), as *provas* obtidas foram compartilhadas com a Receita Federal do Brasil e com a Fazenda Pública daquele estado.

A apuração da ocorrência da *omissão de receitas da atividade* baseou-se apenas no Laudo Pericial n.º 9102.15.01016, elaborado exclusiva e unilateralmente pelo Instituto Geral de Perícias da Secretaria de Estado da Segurança Pública de Santa Catarina (IGP/SC), em 27 de maio de 2015.

Por sua vez, tal Laudo Pericial (teor conclusivo às fls. 1004 a 1023) teve como objeto mídias de armazenamento de informática, afirmando a Autoridade Forense estadual ter localizado em determinado *Hard Drive (HD)*, dentro os inúmeros apreendidos (não especificado no TVF), um suposto *sistema paralelo de gestão de vendas* (vulgarmente conhecido de *caixa 2* ou *contabilidade sonogada*).

Ao seu turno, a Fiscalização considerou na lavratura dos Autos de Infração como valores das *receitas omitidas* a partir das informações constantes dos arquivos FT117 e FT118, encontradas, apuradas e expressas no Laudo Pericial produzido pelo IGP/SC, atendo-se a apenas reduzir de tais registro as montas correspondentes às Notas Fiscais Eletrônicas (NFe)

efetivamente emitidas pelos estabelecimentos matriz e filial da empresa fiscalizada, para a quantificação das exações.

E insurgindo-se os Sujeitos Passivos contra a validade das Autuações lavradas e sua procedência, o afastamento da multa qualificada e a ausência de responsabilidade das pessoas físicas, a DRJ *a quo* apenas reconheceu a decadência parcial do lançamento, dando ensejo à interposição de Recursos Voluntários.

### **Recurso Voluntário da Contribuinte**

Primeiro tendo em vista que foram ofertados *Apelos* tanto pela Contribuinte, como pelos demais Sujeitos Passivos, cujas as razões que *combatem* o lançamento de ofício aproveitam a todos os imputados, constata-se que o Recurso Voluntário da Contribuinte concentra todas as matérias, preliminares e meritórias, sendo algumas repetidas nos demais apelos.

Posto isso, será inicialmente apreciado o *Apelo* ofertado pela Contribuinte, enfrentando suas alegações referentes ao questionamento da validade do lançamento de ofício e sobre a improcedência das exações tributárias, eventualmente, se for o caso, passando ao conhecimento das matérias tratadas individualmente nos outros Recurso Voluntários dos Sujeitos Passivos *responsáveis*.

Verifica-se que o Recurso Voluntário interposto pela Contribuinte trata, sistemática e sucessivamente, dos seguinte temas:

- 1) *NULIDADE DA AUTUAÇÃO FISCAL. APREENSÃO CLANDESTINA E ILEGAL DO HD E NULIDADE DO ESPELHAMENTO. TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA.*
- 1.a) *NULIDADE APREENSÃO DO HD. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL;*
- 1.b) *NULIDADE DO ESPELHAMENTO DO HD;*
- 1.c) *INAFASTABILIDADE DA TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA;*
- 2) *IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE DOLO E FRAUDE;*
- 3) *DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO;*
- 4) *INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA;*
- 5) *USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO FISCO PELO IGP;*
- 6) *NULIDADE - AUSÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DE NOTAS FISCAIS E PESSOAS JURÍDICAS SEM O ATO DECLARATÓRIO DE INIDONEIDADE;*

**6.a) NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO DIANTE DA INJUSTIFICADA DESCONSIDERAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS E EMPRESAS SUPOSTAMENTE FICTÍCIAS E FALSOS DESTINATÁRIOS; e**

**7) NECESSÁRIA APURAÇÃO PELO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO DE BEBIDAS FRIAS (REFRI). POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS PRODUTOS – ART. 58-J, § 11º, III, DA LEI 10.833/2003.**

Pois bem, analisando o teor dos tópicos acima apresentados, referentes à suposta ilegalidade na apreensão do *HD*, a ausência de mandado judicial, a nulidade do espelhamento do teor de tal mídia e a consequente aplicação da *teoria do fruto da árvore envenenada*, conclui este Conselheiro pela impossibilidade de se proceder à tal ponderação de legalidade – e muito menos se proceder às declarações de invalidade requeridas pela Contribuinte.

Isso porque a apreensão das mídias e o seu espelhamento (fatos apontados como ilegais, que também dão margens para demais alegações de invalidade relacionadas ao *HD*) foram procedidos por Autoridades Policiais e Forenses estaduais, não fazendo parte do lançamento de ofício e nem dos procedimentos adotados pela Autoridade Fiscal federal para a lavratura das Autuações.

A regularidade, legalidade e validade de tais procedimentos são de competência do Poder Judiciário, especificamente da MM. Vara Criminal competente para apurar a Ação Penal correspondente a tal operação criminal.

É certo e inquestionável, assim como confirmado pelo TVF, que todos os *fatos* apurados e rotulados com infração tributária de *omissão de receitas* neste feito têm *origem causal* em tal apreensão, sendo o Laudo Pericial n.º 9102.15.01016 (que teria analisado tal mídia) o elemento adotado pela Fiscalização para sua constatação.

Mas a competência deste E. CARF (bem como dos I. Julgadores de outras instâncias) refere-se apenas à apuração de adequação e procedência do lançamento de ofício questionado pelo contribuinte, não podendo penetrar em alçadas e esferas diversas de sua autoridade.

Registre-se que esta Colenda 2ª Turma Ordinária já adotou a teoria do *fruto da árvore envenenada* no v. Acórdão n.º 1402-002.469, de 12 de abril de 2017, e voto vencedor deste mesmo Conselheiro. Contudo, em tal feito, já havia decisão definitiva de E. Tribunal Superior do Poder Judiciário declarando a ilegalidade das provas utilizadas no lançamento de ofício – diferente do presente caso.

Por fim, que fique claro que tal limitação jurisdicional administrativa e a origem dos elementos que motivaram o lançamento serão também devidamente considerados na apreciação das demais alegações.

Diante disso, não se conhecer de tais alegações e pedidos correspondentes.

Verificando as demais arguições, principalmente os termos aduzidos nos tópicos referentes à *impossibilidade de presunção de dolo e fraude e usurpação da competência do Fisco pelo IGP*, em direto cotejo com os procedimentos de fiscalização e elementos probatórios, salta aos olhos diversas ocorrências que afetam a apuração de validade do lançamento de ofício e da sua própria procedência meritório.

Inicialmente, frise-se que ainda que a Fiscalização afirme no TVF que *o contribuinte foi cientificado do início da ação fiscal, por via postal, em 15 de março de 2016, por intermédio do Termo de Início de Fiscalização*, não foram localizados tais documento nos autos.

Mais importante do que tal intimação *inaugural*, é a constatação de total ausência de quaisquer outras intimações ou solicitações à Contribuinte antes da lavratura dos Autos de Infração.

Tal fato é relevante pois, o *tipo infracional de omissão de receitas* verificado pela Autoridade Fiscal, expressamente é aquele previsto no art. 24 da Lei nº 9.249/95, que trata de constatação *direita, objetiva e concreta* de tal ocorrência – diferentemente, por exemplo, das hipóteses legais de presunção de omissão de receitas, que não foram empregadas ou invocadas.

Em tais caos, como apresenta-se a *práxis* das Unidades de Fiscalização, durante a ação fiscal encontra-se elementos *materiais* - econômicos, financeiros, patrimoniais e contábeis – que demonstram que o contribuinte efetivamente percebeu receitas e que estas não foram devidamente ofertadas ao Fisco, para a sua devida tributação.

E tal trabalho exige diligência e a análise de inúmeros documentos fiscais, comerciais, bancários e contábeis, assim como de quaisquer outros elementos palpáveis que traduzam-se em prova direta de houve a infração de *omissão de receitas*.

No presente caso, nenhuma intimação ou diligência foram procedidas ao Contribuinte (*vide* fls. 02 a 23.145).

Nessa esteira, o TVF é bastante claro e transparente sobre as circunstâncias e os elementos adotados para apuração da *omissão de receitas*. Como mencionado, a Fiscalização adotou para a identificação da infração, única, exclusiva e isoladamente, os arquivos do Laudo Pericial nº 9102.15.01016, confeccionados pelo Instituto Geral de Perícias da Secretaria de Estado da Segurança Pública de Santa Catarina (IGP/SC), elaborado a pedido e com os quesitos formulados pelo GAECO/SC.

Confira-se os termos do próprio TVF:

**1 – Da “Operação Arion II”:**

(...)

*Em atenção à solicitação do GAECO/SC, foi elaborado o Laudo Pericial n.º 9102.15.01016 pelo Instituto Geral de Perícias da Secretaria de Estado da Segurança Pública de Santa Catarina (IGP/SC), em 27 de maio de 2015, através do qual foram analisadas as mídias de armazenamento de informática apreendidas durante a “Operação Arion II”.*

*A perícia concluiu que a empresa 101 do Brasil Industrial Ltda (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda) utilizava um sistema paralelo de gestão de vendas onde eram registradas as vendas realizadas pelo contribuinte.*

*Durante a realização das análises efetuadas a fim de elaboração do Laudo Pericial, foram encontrados registros de vendas referentes ao período de 24 de junho de 2010 a 24 de abril de 2015.*

*Em 25 de fevereiro de 2016, foi lavrado o Relatório Final da investigação da “Operação Arion II” pelo Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas – GAECO/Joinville/SC, do qual se reproduz abaixo excerto do item 11. Conclusão:*

*“As informações iniciais, objeto da “denúncia”, foram confirmadas com as medidas preparatórias preliminares, durante as investigações, nas diligências policiais e fiscais, pela interceptação telefônica, com material apreendido, pelos depoimentos de testemunhas e pelo resultado da perícia nos sistemas de informática.”*

*Nos autos n.º 0006973-86.2015.8.24.0038, o juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC deferiu o compartilhamento de todas as provas produzidas na “Operação Arion II” com a Receita Federal do Brasil.*

**2 – Informações da pessoa jurídica:**

*Consiste a fiscalizada em uma pessoa jurídica de direito privado, (...) (fls. 181)*

(...)

**3 – Apuração da Receita Bruta e da Receita Omitida:**

*A apuração da receita omitida pela fiscalizada foi efetuada com base no cruzamento dos valores das vendas registradas no sistema paralelo de gestão de vendas, constantes das mídias em meio digital apreendidas na “Operação Arion II”, conforme Laudo Pericial n.º 9102.15.01016, emitido pelo IGP/SC, e os valores das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas pela empresa 101 do Brasil Industrial Ltda (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda).*

*A partir das informações encontradas nos sistemas de registro de vendas pela perícia, foram geradas as seguintes planilhas (item 4 do laudo):*

*- FT117 contendo as Notas Fiscais emitidas (no sistema paralelo de gestão de vendas) com 122.971 registros, totalizando R\$ 480.931.596,63 na coluna “VL\_CONTABIL”;*

- FT118 contendo a descrição dos produtos (no sistema paralelo de gestão de vendas) com 1.080.204 registros, totalizando R\$ 480.979.069,28 na coluna "VL\_TOT\_ITEM". Essa planilha foi dividida em duas partes devido ao fato do programa Excel ter uma limitação de 1.048.576 linhas para tratamento.

As planilhas FT117 (Tabela de Notas Fiscais) e FT118 (Tabela de Itens das Notas Fiscais) trazem os dados da empresa 101 do Brasil Industrial Ltda (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda), CNPJ 03.408.722/0001-78, de Joinville/SC, no período de 24 de junho de 2010 a 24 de abril de 2015 e os dados da empresa Globev Distribuidora de Bebidas Ltda. (antes Red Horse do Brasil Ltda.), CNPJ 13.579.761/0001-91, de Terra de Areia/RS, no período de 10 de julho de 2012 a 04 de outubro de 2012.

As respostas da perícia às questões colocadas pelo GAECO/SC indicam que os arquivos apreendidos são os próprios controles de encomendas e vendas da 101 do Brasil Industrial Ltda (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda) e de outras empresas a ela ligadas.

Na resposta ao quesito de número 4 do laudo ficou constatada a existência nos arquivos PD102 e PD122 do mesmo número de pedido (113122) apreendido pelo Fisco Estadual de Santa Catarina por constatação de transporte de mercadorias sem nota fiscal. O mesmo número de pedido, com dados da mesma venda, também foi encontrado nos arquivos FT117 e FT118 da empresa 101, no campo NR\_NOTA\_FISCAL n.º 110120.

Conforme a resposta ao quesito de número 5 o pedido de número 113121, apreendido com nota fiscal (n.º 16312) emitida pela empresa Nordeste Com. Atacadista de Bebidas Ltda, CNPJ 09.460.982/0001-79, foi encontrado nos arquivos de pedidos PD102 e PD122, da empresa 101 do Brasil Industrial Ltda (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda). Nos arquivos FT117 e FT118, o registro da venda tem o número 110123 (campo NR\_NOTA\_FISCAL), e inclui o pedido de n.º 113156. Por outro lado, no banco de dados FT117/SF2010 da empresa Nordeste, no número 16312 do campo NR\_NOTA\_FISCAL há o registro do mesmo valor de mercadorias para o mesmo cliente.

Em depoimento prestado ao Ministério Público Estadual de Santa Catarina em 5 de maio de 2015, abaixo transcrito, a funcionária da 101 do Brasil Industrial Ltda (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda), Marina Santos de Quadros, CPF n.º 065.087.149-96, encarregada da emissão de Notas Fiscais do grupo de empresas, afirmou que essas eram emitidas de acordo com determinações de Rainor. (fls. 183)

(...)

O termo "Notas Fiscais" nos arquivos FT117 e FT118 deve ser entendido como de enumeração das vendas, posto que nem todas operações ali registradas traduziram-se em Notas Fiscais no real sentido do termo.

Para o cálculo dos valores de vendas registrados, procedeu-se a exclusão dos registros em que a coluna CD\_STATUS na planilha FT117 era "C" (cancelado) ou vazio, mantendo-se apenas aqueles com CD\_STATUS "D" (despachado), e somou-se os valores da coluna VL\_LIQUIDO. O resultado para a empresa 101 do Brasil Industrial Ltda (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda) foram os mesmos valores anuais encontrados no quesito 7 do Laudo Pericial.

O mesmo procedimento foi realizado com a planilha FT118, somando-se os valores da coluna VL TOT ITEM, que traz o valor discriminado de cada produto da venda.

Utilizando-se o sistema *Receitanet BX*, foi feita a extração das Notas Fiscais Eletrônicas (NFe) efetivamente emitidas pelos estabelecimentos matriz e filial da empresa fiscalizada.

Para fins de levantamento dos valores omitidos, foram considerados os Valores Totais das Notas Fiscais Eletrônicas (NFe), que equivale ao VL LIQUIDO/VL TOT ITEM dos arquivos FT117 e FT118, emitidas no mesmo período - 24 de junho de 2010 a 24 de abril de 2015 - e com os mesmos Códigos Fiscais de Operações e Prestações (CFOP) - 5101, 5201, 5401, 5910, 5949, 6101, 6107, 6401, 6910 e 6949 - constantes das planilhas FT117 e FT118. (fls. 187 e 188)

(...)

Após a conferência dos valores constantes dos arquivos FT117 e FT118 elaboradas pelo IGP/SC com os valores de vendas das Notas Fiscais Eletrônicas (NFe) emitidas pela empresa 101 do Brasil Industrial Ltda (nova razão social Brasil Kienen Indústria de Bebidas Ltda), foram apurados os valores mensais da Receita Bruta (conforme NFe emitidas) e da Receita Omitida demonstrados nas Tabelas 1 a 4 abaixo: (...) (fls. 189) (destacamos)

Ora, fica muito claro que, nos termos do TVF, o teor dos arquivos FT117 e FT118, confeccionados pelo IGP/SC, foi isoladamente eleito como elemento que expressaria a totalidade das receitas auferidas pela Contribuinte entre junho de 2010 e abril de 2015, atendo-se a apenas subtrair da tal monta o valor das Notas Fiscais (NFe) efetivamente omitidas no mesmo período, constantes do sistema *Receitanet BX*, para constatar a monta das receitas omitidas.

Além disso, apenas se menciona parte da transcrição de um depoimento, prestado ao Ministério Público Estadual (e não à Autoridade Fiscal federal), onde suposta funcionária da companhia afirmaria, de forma genérica abstrata, sem fazer relação com as provas apreendidas, existir na Empresa procedimentos consistentes com registros paralelos de operações.

Registre-se que as mídias de armazenamento de informática apreendidas, que deram origem ao teor do Laudo Pericial, não foram submetidos à análise da Receita Federal do Brasil, não sendo sequer compartilhados tais elementos materiais de provas pelo GAECO/SC com as Autoridades Fiscais federais, mesmo após a r. decisão judicial (fls. 892 e 893).

Posto isso, fica patente que a Fiscalização conferiu e atribuiu diretamente ao Laudo Pericial nº 9102.15.01016, elaborado pelo Instituto Geral de Perícias da Secretaria de Estado da Segurança Pública de Santa Catarina (IGP/SC), a condição de prova material cabal da ocorrência de omissão de receitas e da sua quantificação.

Não existe nos autos um singular elemento de prova da ocorrência de omissão de receitas produzido pela Autoridade Fiscal – a Fiscalização apenas procedeu à extração

aritmética do valor das Notas Fiscais efetivamente emitidas no cálculo da infração, único fator que impediu que não fosse considerado todo o teor dos *arquivos FT117 e FT118* como receitas omitidas.

Tal postura nos leva a primeiro ponderar que a *prova* difere-se da *opinião* ou da *conclusão analítica sobre a prova*.

No presente caso, realmente, o teor as mídias de armazenamento de informática apreendidas (*hard drives*) poderiam ser consideradas provas materiais, potencialmente ensejadoras da constatação da ocorrência de ilícitos.

Porém, o Laudo Pericial nº 9102.15.01016 é a conclusão técnica, de autoridade forense criminal estadual, sobre o suposto conteúdo de tais provas.

Como a própria Autoridade Fiscal confirma no TVF, foi o Instituto Geral de Perícias da Secretaria de Estado da Segurança Pública de Santa Catarina (IGP/SC) - que não é Autoridade Fiscal, muito menos federal - que constatou que naqueles *hard drives* haveria um sistema paralelo de gestão de vendas. E procedeu a elaboração dos arquivos FT117 e FT118, diretamente convertidos em planilhas, exprimindo tal conclusão, com o montante das supostas operações registradas (*vide* fls. 1511 a 23.128).

Repita-se: a Autoridade Fiscal não produziu ou utilizou qualquer outro elemento para a constatação de omissão de receitas e sequer procedeu a qualquer diligência para confirmar o seu teor.

Mais do que isso: pelo que consta dos autos, tal documento não foi apresentado ao Contribuinte no curso da fiscalização, permitindo sua manifestação ou explicação, antes da lavratura do Auto de Infração sob tal acusação.

Posto isso, primeiro deve se considerar tais ocorrências à luz do *caput* do art. 142 do CTN:

*Art. 142. Compete **privativamente** à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

(destacamos)

Como se observa, o próprio Legislador deixa claro que a verificação do fato gerador, da matéria tributável e do montante devido são privativamente procedidos pela Autoridade Fiscal.

No presente caso, ainda que os Autos de Infração tenham sido formalmente lavrados por N. Auditor Fiscal, todos os elementos trazidos aos autos para a demonstração da ocorrência do fato gerador, da matéria tributável e a base primordial de seu montante são oriundos de conclusão técnica procedida por Instituto estadual de criminalística.

É certo que são aceitos o compartilhamento de provas entre Autoridades Públicas, bem como, durante o processo, a figura da *prova emprestada* (desde que garantido o contraditório).

Mas o que **não** pode ocorrer é permitir que uma conclusão técnica sobre determinado elemento de prova, exarada por outro Órgão público, de outra esfera federativa - sem natureza fiscalizatória tributária, a pedido de autoridade que também não tem competência fiscalizatória fiscal, ambas incompetentes para o lançamento de ofício - seja tratado como *a própria prova* da ocorrência concreta de infração tributária (em modalidade legal que, inclusive, exige demonstração material).

Não houve qualquer participação da Receita Federal do Brasil na apreensão ou no processamento dos *hard drives* apreendidos. Os autos demonstram que foi necessária uma ordem judicial, após a instauração da Ação Penal, para que houvesse o compartilhamento de elementos probantes – não há nenhum registro da participação de Autoridades Tributárias federais nos procedimentos.

Não se nega a utilização de tal Laudo Pericial pela Fiscalização. Tal adoção certamente poderia ser feita, sem nenhum óbice.

Contudo, deveria a Autoridade Fiscal, no mínimo, ter promovido investigações para confirmar o seu teor, trazendo outros indícios e provas, corroborando as constatações do IGP/SC estadual e analisando se haviam elementos contábeis, comerciais, econômicos ou até patrimoniais que atestassem a conclusão de tal documento da criminalística de Santa Catarina, igualmente apontando para a existência de *sistema paralelo de gestão de vendas*.

Uma certa prova ou mesmo uma porção de diferentes elementos probantes podem ser compartilhados entre Autoridades Públicas, sendo válido o instituto da *prova emprestada*. Mas não se pode conceber e a ocorrência da *empréstimo total e absoluto* de toda a conclusão e demonstração de ocorrência de infração tributária, procedidas por outro Ente estadual, de outras esferas de competência e jurisdição.

Ainda sobre a validade do Laudo Pericial do IGP/SC como *prova*, assim trata a única passagem do Decreto n.º 70.235/72 sobre tais trabalhos técnicos elaborados por outros órgãos da administração pública:

*Art. 30. Os laudos ou pareceres do Laboratório Nacional de Análises, do Instituto Nacional de Tecnologia e de outros órgãos federais congêneres serão adotados nos aspectos técnicos de sua competência, salvo se comprovada a improcedência desses laudos ou pareceres.*

*§ 1º Não se considera como aspecto técnico a classificação fiscal de produtos.*

*§ 2º A existência no processo de laudos ou pareceres técnicos não impede a autoridade julgadora de solicitar outros a qualquer dos órgãos referidos neste artigo. (destacamos)*

Observe-se que a norma processual administrativa fiscal, quando tratou do assunto, apenas menciona como legítima a adoção do trabalho realizado por órgãos federais, porém, mesmo assim, limita a eficácia desses documentos aos aspectos técnicos de sua competência.

Sob o prisma dos efeitos probantes veiculado no referido comando, analisando-o de forma sistemática às demais normas que regulam os requisitos do lançamento de ofício, certamente não se poderia ter atribuído tamanha relevância e efeitos ao Laudo Pericial n.º 9102.15.01016, elaborado pelo IGP/SC, como, *in casu*, pretendeu a Fiscalização.

Assim, novamente, existe contrariedade às normas que regem o regular procedimento de constituição do crédito tributário.

Acrescente-se que, como já dito, o que realmente poderia ser considerado como *prova da omissão de receitas*, eram as mídias de armazenamento de informática apreendidas na *Operação Arion II*, principalmente o *Hard Drive* que conteria tais registros paralelos de venda – repita-se: e não o Laudo Pericial n.º 9102.15.01016 produzido pelo IGP/SC.

Porém, como comprova a r. Decisão do Ministro Marco Aurélio do E. Supremo Tribunal Federal, na Reclamação n.º 24.818/SC (fls. 23.460 a 23.466), impetrada pelos Sujeitos Passivos, antes da ciência dos Autos de Infração, durante a *fiscalização*, a Contribuinte e os responsáveis não tiveram acesso à mídia apreendida – sendo concedida medida liminar, reconhecendo tal fato e determinando o acesso dos Impetrantes a tal material.

Ou seja, o único elemento de *material*, capaz de permitir que a Contribuinte confirmasse o teor do Laudo Pericial n.º 9102.15.01016 e eventualmente produzisse esclarecimentos, informações e, principalmente, prova em contrário à conclusão e imputação feita pelo IGP/SC - e indiscriminadamente adota pela Fiscalização - não estava disponível antes da lavratura lançamento de ofício.

Isso porque a r. decisão do Min. Marco Aurélio foi assinada (ou seja, antes de qualquer intimação ou publicação e cumprimento da liminar) em 16/08/2016 (fls. 23.466) e a ciência postal das Autuações lavradas ocorreu em 19/08/2019 (fls. 23.148 a 23.157).

Claramente, tal ocorrência factual, notória e reconhecida em decisão de E. Tribunal Superior, evidencia mais uma profunda irregularidade nos procedimentos fiscalizatórios em face da Contribuinte que deram margem às infrações e exações agora lhe impostas, que inexoravelmente macula o lançamento de ofício.

Acrescente-se que, como é certo, uma vez cientificado o contribuinte de Autuação que lhe imputa infração de *omissão de receitas* resta o ônus da comprovação da inoccorrência do ilícito tributário totalmente a cargo do particular. Tal *fenômeno* jurídico é devido em face da exigência e da necessidade de apresentação preliminar, por parte da Autoridade Fiscal, durante a fiscalização, de elementos probatórios da ocorrência de tal infração, não refutados pelo contribuinte em tal momento (principalmente em modalidade que não se vale de presunção legal).

Porém, no presente caso, considerou-se as conclusões e as informações produzidas pelo IGP/SC como prova absoluta e totalmente bastante da ocorrência concreta de vendas, sem propiciar na fase de fiscalização a devida oportunidade da contribuinte se manifestar e muito menos produzir, por meios minimamente adequados, elementos explicativos ou mesmo contrários.

Uma vez cientificado da lavratura das Autuações, que conferiu materialidade absoluta às informações constantes do Laudo Pericial estadual, apenas restaria aos Sujeitos Passivos todo o ônus de prova negativa da ocorrência das vendas.

Ora, como se produz a exigida prova cabal, capaz de elidir a presunção de validade do lançamento de ofício, de que uma venda não ocorreu, se os próprios registros contábeis, movimentação financeira ou qualquer elemento comercial ou econômico não foram considerados pelo Fisco na sua constatação? Revela-se aqui verdadeira *probatio diabolica*.

Desse modo, em suma, temos que à Contribuinte e aos demais Sujeitos Passivos foi imputa a prática efetiva *infração tributária*, após procedimento fiscal em que não houve o devido registro de intimações para se prestar informações ou esclarecimentos sobre a omissão de receitas, com base exclusiva em conclusão técnica estampada em documento unilateralmente elaborado por Instituto Estadual de Criminalística (a pedido e sob os quesitos formulados pelo Ministério Público estadual) sem a corroboração ou adição probante de quaisquer outros elementos de prova colhidos pelo próprio Fisco federal, cujo o efetivo objeto físico da análise procedida pela Autoridade Forense estadual não foi fornecido à Receita Federal do Brasil (e se mesmo se tivesse, não houve a pela própria Fiscalização), tendo sido reconhecidamente tolhido o

acesso a tal material de prova pelos Sujeitos Passivos, pelo menos até a ciência das Autuações, que já lançava os tributos ora exigidos.

Todos esses elementos de fato, as circunstâncias comprovadas e as normas acima trazidas bastam para o seguro convencimento motivado e fundamentado deste Conselheiro sobre as matérias sob apreço.

Diante disso, por manifesta violação ao art. 142 do CTN e demais normas que regem os procedimentos de fiscalização e constituição do crédito tributário, revela-se a patente nulidade do lançamento de ofício, ora sob análise, devendo ser integralmente anulado.

Noutro giro, ainda que se entenda pela não ocorrência de *nulidade* propriamente dita do lançamento, é claro que aquilo trazido aos autos e os procedimentos adotados pela Fiscalização para comprovar, fundamentar e motivar a infração de *omissão de receitas* nos termos do art. 24 da Lei nº 9.249/95 (ou mesmo em outras hipóteses legais) – *data máxima vênia* e conferindo todo respeito à Autoridade Fiscal – é manifestamente carente e insuficiente para caracterizar a sua efetiva ocorrência, mostrando-se, pelos mesmos motivos acima exposto, a improcedência meritória das exações de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em tela, devendo, em termos meritórios, serem integralmente canceladas.

Posto isso, restam prejudicadas as alegações e pedidos referentes às matérias autônomas de multa qualificada e à responsabilidade imputada aos Sujeitos Passivos, uma vez que não procede à exigência fiscal. Também resta prejudicado o Recurso de Ofício.

Caso vencido, em relação à alegação autônoma de nulidade da apuração dos valores da COFINS e da Contribuição ao PIS, por não ter a Autoridade Fiscal adotado o Regime Especial de Tributação de Bebidas Frias (REFRI), primeiramente, a conclusão meritória de improcedência do lançamento também alcança tais créditos tributários.

Em segundo lugar, entende-se que, em fase fiscalizatória, uma vez que a Contribuinte vinha negando a exigência de *omissão de receitas*, a existência de contabilidade paralela e comprovadamente não teve acesso direto aos *hard drives* onde estariam registradas as vendas que supostamente ficaram à margem da tributação, torna-se verdadeira *prova diabólica* exigir que a ora Recorrente apontasse quais de seus produtos, supostamente comercializados de maneira *informal*, estariam sujeitos ao não ao REFRI e de que modo.

Mais do que isso: se supostamente o Laudo gerado pelo IGP/SC dava materialidade bastante para constatar *omissão de receitas*, direta e concreta, nos moldes do art. 24 da Lei nº 9.249/95, deveria então a Fiscalização ter apurado a natureza dos produtos comercializados, tributando tais operações nos moldes do REFRI. Não houve por parte da Autoridade Fiscal qualquer tentativa de assim o fazê-lo e nenhuma demonstração de impossibilidade.

Posto tal acréscimo, deve ser dado provimento a tal alegação subsidiária da Recorrente, para anular os lançamentos de PIS e COFINS.

Em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e da Contribuição ao PIS, inicialmente é certo que ainda não findou, em termos processuais, o julgamento do E. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, com efeito *erga omnis*, capaz de atrair a regra do art. 62 do Anexo II do RICARF vigente.

Além disso, a Contribuinte faz alegação *genérica e abstrata*, não havendo demonstração de que se o ICMS efetivamente foi incluído na base de cálculo das Contribuições em questão e, muito menos, aponta seu valor, correspondente à redução pleiteada.

Dessa forma, é improcedente tal matéria e pleito subsidiário.

Em relação à multa qualificada, tendo em vista a exigência da demonstração da relação causal entre as práticas de sonegação, fraude e conluio, previstas nos arts. 71 a 73 da Lei n.º 4.502/64, e a infração tributária perpetrada, uma vez entendendo-se que não houve a devida comprovação da materialidade da ocorrência dos fatos gerados supostamente mantidos à margem da tributação, por motivação lógica, deve ser afastado tal agravamento sancionatório.

Já em relação à imputação de responsabilidade aos Sujeitos Passivos, Sr. Rainor Ido da Silva e Sr. Gilvan Cardozo da Silva, devidamente tratada em seus *Apelos*, tendo em vista o entendimento deste Conselheiro pela necessidade de demonstração da correlação direta entre as práticas elencadas no inciso III, do art. 135 do CTN com a infrações tributárias percebidas pela pessoa jurídica, uma vez entendendo-se que não houve a devida comprovação da materialidade da ocorrência dos fatos gerados supostamente mantidos à margem da tributação, por motivação lógica, devem ser afastada a responsabilidade de ambos os sócios gestores, excluindo-os do polo passivo das exigências.

No que tanger ao Recurso de Ofício, voto por manter o v. Acórdão recorrido, por concordar com seus fundamentos e conclusão, valendo-se da prerrogativa do art. 50, § 1º, da Lei n.º 9.784/99.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella

## **Voto Vencedor**

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Redator Designado

O Colegiado, **por voto de qualidade**, entendeu por negar provimento aos recursos voluntários do sujeito passivo e dos solidários, relativamente aos seguintes tópicos em relação aos quais o I. Relator acolhia os argumentos dos recorrentes e provia seus RV:

1. preliminar de nulidade;
2. mérito da exigência, referente à infração “omissão de receitas” (AI – fls. 2/178), incluindo lançamentos de IRPJ/CSLL/PIS e COFINS;

De outro giro, **por maioria de votos**, entendeu por negar provimento aos recursos voluntários do sujeito passivo e dos solidários, relativamente aos seguintes tópicos em relação aos quais o I. Relator acolhia os argumentos dos recorrentes e provia seus RV:

1. multa qualificada – 150%;
2. exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS; e,
3. imputação de responsabilidade dos solidários Rainor Ido da Silva e Gilvan Cardozo da Silva.

Nessas condições, embora reconheça a profundidade dos argumentos expendidos pelo I. Relator, Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella e a concatenação lógica de seu pensamento em relação aos pontos por ele defendidos, dele divergi, assim como os demais Conselheiros que me acompanharam nesta divergência, por fazer uma leitura diferente dos temas aqui analisados em vista de tudo o que consta dos autos.

Passo à apreciação de cada um dos temas acima delineados.

#### 1. **PRELIMINAR DE NULIDADE;**

Acolhendo os argumentos dos recorrentes, discorreu longamente o I. Relator acerca de possível nulidade dos lançamentos em face de não cumprimento dos preceitos do artigo 142 do CTN e demais normas que regem os procedimentos de fiscalização e constituição do crédito tributário, revelando-se, no seu pensar, em “*patente nulidade do lançamento de ofício, ora sob análise, devendo ser integralmente anulado*”.

Na verdade, vejo que existem dois pontos cruciais acerca da “nulidade” assentada no voto. Um deles, de cunho formal; o outro, material.

No primeiro caso, sem maiores delongas, resta claro nos autos que não se verificaram quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972 que poderiam levar à nulidade aventada:

“Art. 59. São nulos;

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

Comprovadamente, os Auditores que presidiram o procedimento são servidores de carreira, integrantes dos quadros da Receita Federal e **competentes**, no exercício de suas atribuições, para lavrar todos os termos necessários para o correto desempenho de suas funções.

Ora, sendo, os atos e termos, lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade e garantido o mais absoluto direito de defesa, mediante abertura do prazo legal de impugnação, não há que se cogitar de nulidade dos autos de infração.

Igualmente foram atendidos os preceitos do artigo 10 do PAF<sup>1</sup> (Decreto nº 70.235, de 1972), ratificando a inexistência da nulidade pretendida, pelo que se indefere o pleito neste parte (aspectos formais).

Quanto ao desdobramento do tema (nulidade por eventual “*não cumprimento (...) das demais normas que regem os procedimentos de fiscalização*”), penso que melhor sorte não socorre a recorrente.

De fato, embora as suas manifestações nas duas peças recursais tenham se voltado ferozmente contra a forma da condução da ação fiscal pela RFB, utilizando-se de informações, documentos e operações realizadas pelo Ministério Público e Forças de Segurança e entendido que tal procedimento careceria de maior sustentação legal e teria, inclusive, impedido a autuada de correta e plenamente exercer sua contestação (posição que o I. Relator igualmente entendeu existente), penso, com a devida vênia, que tais alegações não procedem.

Primeiramente porque nada impede que a Fiscalização Federal lance mão e trabalhe em paralelo, na sua área de atuação, com as informações, relatórios, termos, apreensões, e acesse documentos que tenham sido obtidos por outros órgãos de Estado, como solenemente se vê nos autos.

Esse “*modus operandi*” é absolutamente corriqueiro e rotineiro, nada havendo de ilegal e irregular, desde que, findo o procedimento, seja dado ao fiscalizado, a possibilidade de exercer sua defesa, sempre lembrando que a fase investigativa é momento preliminar à instauração da lide, só se consumada com a consecução dos lançamentos tributários e apresentação da peça impugnatória pela contribuinte.

Com isso, nenhuma nulidade existiu ou qualquer prejuízo sofreu a recorrente em sua defesa.

Afasto as preliminares.

## MÉRITO

No mérito, conforme TVF já resumido pelo relatório do I. Relator, cuida-se de lançamentos de IRPJ/CSLL/PIS e COFINS surgidos em razão de “omissão de receitas”, assim fragmentadas:

**OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE  
INFRAÇÃO: RECEITA BRUTA MENSAL NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA**

O contribuinte não emitiu as notas fiscais referentes a vendas de produtos de fabricação própria, caracterizando omissão de receitas da atividade, conforme relatório fiscal em anexo.

<sup>1</sup> Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

- I - a qualificação do autuado;
- II - o local, a data e a hora da lavratura;
- III - a descrição do fato;
- IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
- V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;
- VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

**OMISSÃO DE RECEITA DA ATIVIDADE  
INFRAÇÃO: RECEITA BRUTA MENSAL NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA**

O contribuinte não emitiu as notas fiscais referentes a vendas de produtos de fabricação própria, caracterizando omissão de receitas da atividade, conforme relatório fiscal em anexo.

**RECEITAS DA ATIVIDADE  
INFRAÇÃO: RECEITA BRUTA NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA**

Arbitramento do lucro realizado com base na receita bruta da venda de produtos de fabricação própria, conforme relatório fiscal em anexo.

Ou seja, omissão de receitas apurada pelo cotejamento entre os dados obtidos no curso da chamada “Operação Arion II”, desencadeada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (GAECO) do Ministério Público de Santa Catarina, pela Receita Estadual de Santa Catarina e pela Receita Federal do Brasil e que levou à busca e apreensão de documentos e de arquivos digitais em estabelecimentos de pessoas jurídicas e em residências de pessoas físicas, em cumprimento a mandados expedidos pelo Poder Judiciário de Santa Catarina, presentes nos autos do processo n.º 0006973-86.2015.8.24.0038.

Com isso e a partir da tabulação dos referidos dados, o Fisco Federal apurou OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE – RECEITA BRUTA MENSAL NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA, alcançando os fatos geradores compreendidos entre os meses de julho/2010 a abril/2015, período em que a pessoa jurídica optou pela tributação com base no lucro presumido, regime que foi adotado pela fiscalização para os anos-calendário 2010 e 2011, a teor do art. 24, da Lei n.º 9.249/1995.

De outro giro, ao somar as receitas declaradas com aquelas tidas por omitidas na presente ação fiscal, a autoridade lançadora percebeu que, a partir do ano-calendário 2011, a pessoa jurídica extrapolou o limite de receita bruta delimitado para a permanência no lucro presumido. Assim, a partir do ano-calendário 2012, os lançamentos do IRPJ e da CSLL foram efetivados com base no lucro arbitrado.

Tabulados os dados – **obtidos, repita-se, a partir dos arquivos gerados pela própria autuada e apreendidos na operação ARION II, de forma que não há o que se falar sejam desconhecidos pela mesma**<sup>2</sup> - o Fisco elaborou detalhada informação contendo:

1 - Demonstrativo das saídas efetuadas pela empresa referentes a "BEBIDAS FRIAS", com base nas planilhas FT117 e FT118 elaboradas pelo Instituto Geral de Perícias da Secretaria de Estado da Segurança de Santa Catarina (IGP/SC), conforme Laudo Pericial n.º 9102.15.01016. Ano-calendário 2010/2011/2012/2013/2014/2015;

2 - Demonstrativo das saídas efetuadas pela empresa referentes a "BEBIDAS QUENTES", com base nas planilhas FT117 e FT118 elaboradas pelo Instituto Geral de Perícias

<sup>2</sup> Não se perca de vista o depoimento prestado ao MP/SC, pela Srª Marina Santos de Quadros, CPF 065.087.149-96, funcionária da 101 DO BRASIL IND. LTDA., encarregada da emissão das notas fiscais da empresa e que afirmou literalmente que “os documentos eram emitidos de acordo com o determinado pelo Sr. RAINOR IDO DA SILVA. Levando em conta quem era o cliente, a sua localização e outras variáveis, mencionado senhor decidia qual a empresa do grupo que seria a emitente da nota fiscal, assim como se os valores de venda seriam incluídos parcial ou integralmente”.

da Secretaria de Estado da Segurança de Santa Catarina (IGP/SC), conforme Laudo Pericial n.º 9102.15.01016. Ano-calendário 2010/2011/2012/2013/2014/2015;

3 - Demonstrativo dos valores das saídas efetuadas pelo estabelecimento CNPJ n.º 03.408.722/0001-78 referentes a "BEBIDAS FRIAS" conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período de 24/06/2010 a 24/04/2015, totalizados por CFOP e Mês de Emissão;

4 - Demonstrativo dos valores das saídas efetuadas pelo estabelecimento CNPJ n.º 03.408.722/0003-30 referentes a "BEBIDAS FRIAS" conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período de 24/06/2010 a 24/04/2015, totalizados por CFOP e Mês de Emissão;

5 - Demonstrativo dos valores das saídas efetuadas pelo estabelecimento CNPJ n.º 03.408.722/0001-78 referentes a "BEBIDAS QUENTES" conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período de 24/06/2010 a 24/04/2015, totalizados por CFOP e Mês de Emissão e;

6 - Demonstrativo dos valores das saídas efetuadas pelo estabelecimento CNPJ n.º 03.408.722/0003-30 referentes a "BEBIDAS QUENTES" conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período de 24/06/2010 a 24/04/2015, totalizados por CFOP e Mês de Emissão.

Após a conferência dos valores constantes dos arquivos FT117 e FT118 (conforme trabalho elaborado pelo IGP/SC), tais valores foram cotejados com os valores da vendas contidas nas notas fiscais eletrônicas emitidas pela 101 DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA., com o que o Representante Fazendário chegou aos valores das receitas omitidas envolvendo o período de junho/2010 a abril/2015.

O montante apurado mediante acesso ao **SISTEMA PARALELO DE GESTÃO DE VENDAS DA COMPANHIA** alimentou os dados inseridos na Tabela 3 do TVF e foi da ordem de R\$ 466.039.683,45. De outro giro, o somatório das notas fiscais eletrônicas emitidas foi de R\$ 92.856.846,25.

**Com isso, chegou-se à receita omitida de R\$ 373.644.877,12.**

Contra essa realidade, ainda que tenha trazido longas argumentações em seu RV, a recorrente não conseguiu contrapor quaisquer provas robustas que fulminassem o trabalho fiscal, limitando-se a arguir, dentre outras alegações, falta de acesso aos arquivos apreendidos.

Inicialmente, uma alegação que se esvai pelo singelo fato de se tratar de arquivos e documentos gerados pela própria recorrente e que, por óbvio, deveria ter conhecimento pleno deles.

Demais disso, bastaria comprovar o oferecimento à tributação (ainda que em sede de impugnação ou junto a este Colegiado de 2º Grau) para desmontar toda a construção do Fisco.

A bem da verdade, tal arguição sequer se sustenta quando se questionou a respeito da separação do tipo de bebidas (para fins de PIS e de COFINS) posto que comprovadamente o Fisco não só procedeu à intimação para que fosse feita tal separação como disponibilizou à recorrente uma unidade de CD contendo as planilhas FT117 e FT118 elaboradas pelo Setor de Criminalística do IGP/SC.

E qual foi a resposta da recorrente: que para atender ao intimado haveria a necessidade de acesso ao HD de onde foram extraídos os dados e, para tanto, estipulou um prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a apresentação da mídia digital. Feito isso, que lhe fosse

concedido um prazo adicional de 60 (sessenta) dias para a apresentação da sua resposta, em visto do avançado volume de dados.

Ora, a situação é surreal: de intimada (pólo passivo), a contribuinte travestiu-se de autora do procedimento, em uma inversão absurda de valores.

Na verdade, repise-se, todas as operações flagradas pela Operação ARION II eram, por óbvio, de pleno conhecimento da contribuinte, não tendo o Fisco inovado em nada o procedimento, apenas apurado os valores subtraídos à tributação.

Em outro dizer, utilizou-se dos dados obtidos – prova indiciária – e, mediante procedimento concatenado chegou às infrações cometidas, sempre lembrando que a chamada prova indiciária é pacificamente admitida em nosso direito como ferramenta necessária para apurar eventos que não se mostram explícitos, como já decidido pelo CARF:

*Primeira Turma/Quarta Câmara/Primeira Seção de Julgamento  
Data da Sessão 25/01/2011*

*Relator ANTONIO BEZERRA NETO*

*Acórdão 1401-000.405*

*ASSUNTO: PROVA INDICIÁRIA*

*A prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em uma concatenação lógica de fatos, que se constituem em indícios precisos, “econômicos” e convergentes.*

Em suma, como bem pontuado pela decisão “*a quo*”, aqui adotada (fls. 23526/23527):

*“(…) os elementos comprobatórios carreados aos autos pela fiscalização deverão formar um conjunto de indícios precisos, graves e convergentes, em cujo contexto o fato alegado aparece como o resultado mais lógico, plausível e verossímil a ocorrer no mundo fenomênico, dadas as circunstâncias peculiares do caso apresentado.*

*Foi exatamente o que ocorreu na situação ora examinada, em que o conjunto probatório, em seu contexto geral, colhido a partir do comportamento pregresso do sujeito passivo (figurou no polo passivo de diversas notificações fiscais; lembremos o caso do SICOBÉ, ocasião em que a orientação do Sr. RAINOR IDO DA SILVA para “Juninho” foi para “bater de frete” com a fiscalização); das escutas telefônicas apuradas pelo GAECO, indicativas de práticas evasivas escancaradas, inclusive com a possível complacência de representante da Fazenda Estadual; das declarações de funcionários e colaboradores, em especial da Sr<sup>a</sup> Marina Santos dos Quadros, responsável pela emissão das notas fiscais em percentuais variáveis dos quantitativos efetivamente negociados (entre 20%, 30%, 40%, 50% ou, até mesmo, sem qualquer nota fiscal ou, ainda, com a utilização de notas fiscais em nome de outras pessoas jurídicas); e, por fim, tendo em vista o relevante papel exercido pelo Sr. Jaime Vieira Júnior, responsável financeiro da organização (era a pessoa procurada pelos motoristas quando se deparavam com problemas nos postos fiscais, lembremos) em cuja residência de seu genitor, Sr. Jaime Vieira, foi encontrado o HD externo com o sistema paralelo de gestão de vendas efetuadas pelo contribuinte, tudo isso aliado ao fato da existência de imagens do circuito interno de monitoramento da 101 DO BRASIL, dando conta de que às 21:29 h do dia 22/05/2015 uma pessoa do sexo masculino retirou-se da sala em que foi encontrado o computador/servidor especificado no item 8 (oito) do Laudo Pericial nº 9102.15.1016, levando na mão esquerda um objeto compatível com um disco rígido (HD), fl. 1.022, tendo a apreensão do equipamento sido efetivada três dias após a filmagem, no dia 25/05/2015,*

*mais precisamente, todos esses aspectos conjuntamente considerados levam este Julgador a firmar a sua livre convicção fundamentada, ex vi o art. 29 do PAF, no sentido de que, realmente, os dados extraídos do HD representam, como considerado pela fiscalização, a receita bruta auferida pela pessoa jurídica no período objeto da autuação”.*

Pensamento em consonância com a jurisprudência desta Turma, em Acórdão com decisão unânime, sob a Relatoria do Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves:

**PROVA INDIRETA. INDÍCIOS. PRESUNÇÃO SIMPLES. VALIDADE. VERDADE MATERIAL.**

*A Administração Pública tem o poder-dever de investigar livremente a verdade material diante do caso concreto, analisando todos os elementos necessários à formação de sua convicção acerca da existência e conteúdo do fato jurídico. Esse poder-dever é ainda mais presente na seara tributária, em que é usual a prática de atos simulatórios por parte do contribuinte, visando diminuir ou anular o encargo fiscal. A liberdade de investigação do Fisco pressupõe o direito de considerar fatos conhecidos não expressamente previstos em lei como indícios de outros fatos, cujos eventos são desconhecidos de forma direta. (Ac. 1402-002.488).*

Com estas considerações, não se desincumbindo a recorrente de afastar o trabalho fiscal, mantenho os lançamentos e nego provimento ao recurso voluntário.

#### **A QUESTÃO DA TRIBUTAÇÃO DO PIS/COFINS PELO REFRI**

A respeito, vejo que a decisão de 1º Piso enfrentou inteiramente a matéria e sobre ela externou opinião com a qual concordo e aqui adoto como razões de decidir, na forma do que dispõe o artigo 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999<sup>3</sup> Ac. DRJ – fls. 23530/23535), *verbis*:

*“Trata-se de temática apresentada pela pessoa jurídica juntamente com o Sr. GILVAN CARDOZO DA SILVA, item IX, como também pelo Sr. RAINOR IDO DA SILVA, item 6.*

*Como antes registrado, quando da notificação do Termo de Intimação Fiscal 02, fls. 1.439/1440, a autoridade fiscal disponibilizou ao contribuinte uma mídia digital do tipo CD em que constavam as planilhas resultantes da extração de dados do HD externo apreendido na posse do Sr. Jaime Vieira, dispositivo a conter o sistema paralelo de gestão de vendas da fiscalizada, que era representativo de receitas de vendas muito superiores àquelas declaradas pela pessoa jurídica, termos em que a demandada foi instada a apresentar a discriminação dos produtos vendidos, de modo a permitir a tributação do PIS/Pasep e da Cofins na sistemática estabelecida para o Regime Especial de Tributação de Bebidas Frias, a preconizar a incidência das contribuições sociais por unidade de medida, tudo como determinado pelo art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003.*

---

<sup>3</sup> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

*Constou do mencionado termo a informação de que no caso da não apresentação da resposta, a tributação se daria da maneira especificada no art. 58-I da mesma norma, ou seja, com a aplicação das alíquotas estabelecidas para a tributação monofásica. O prazo determinado para o atendimento da demanda foi de 20 (vinte) dias.*

*A apresentação da resposta da pessoa jurídica deu-se no dia 20 de junho de 2016. Sob a alegação do desconhecimento do paradeiro do HD, apreendido em poder de terceiros, como afirmado, condicionou o atendimento à demanda fiscal à disponibilização do equipamento. Segundo afirmado, "lamentavelmente, a Contribuinte não reúne condições de apresentar qualquer manifestação meritória sem antes ter acesso à mídia supostamente apreendida, os seus dados e a prova da lédima extração". Para tanto, registrou o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para o atendimento do pretendido, o que possibilitaria "a observância do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório, a verificação e a confrontação das informações extraídas e sua veracidade".*

*Em vista do não atendimento da requisição fiscal, a autuação se deu com a adoção da tributação preconizada pelo art. 58-I da Lei n.º 10.833, de 2003.*

*Na peça contestatória, a defesa fez constar que "Muito embora apresentado formalmente o requerimento, em 20/06/2016, a autoridade fiscal não apresentou qualquer resposta, tampouco viabilizou a exibição à Contribuinte do HD original apreendido e o encaminhamento do espelhamento de dados realizados no momento da apreensão". Teria, então, interpretado erroneamente que houve negativa da pessoa jurídica em prestar as informações que possibilitassem a identificação dos produtos correspondentes às vendas das "bebidas frias".*

*Mencionou, ademais, inexistir qualquer óbice para que o Fisco, detentor das informações do sistema paralelo de gestão de vendas realizasse a apuração a possibilitar a tributação com base no REFRI, chegando aos valores de referência (reais por litro). Como exemplo, reproduziu parte da planilha utilizada pela Fiscalização:*

(...)

*Para que a questão fique adequadamente contextualizada, importante se trazer à baila o que consta da Reclamação 24.818/SC, fls. 23.460/23.464, impetrada pelo Sr. RAINOR IDO DA SILVA e outros no Supremo Tribunal Federal, que foi objeto de Decisão proferida no dia 16 de agosto de 2016 pelo Sr. Min. Marco Aurélio.*

*Consta do Relatório que se faz presente na Decisão que os reclamantes já haviam impetrado Mandado de Segurança no Poder Judiciário local, o que resultou na garantia do direito de conhecer apenas o "espelho" do disco, ou seja, a cópia. Posteriormente asseveraram ter sido autorizado o acesso direto e supervisionado do equipamento, o que foi informado como tendo sido descumprido pelo Instituto Geral de Perícias/SC, cujas justificativas levaram à desconsideração do pronunciamento judicial, permitindo-se à defesa tão somente acompanhar a extração da cópia (espelhamento) da mídia. Concluem os postulantes requerendo o acesso direto ao equipamento em questão.*

*Após transcrever a Súmula Vinculante n.º 14, segundo a qual "É direito do defensor, no interesse do representado, ter amplo acesso aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício de direito", a lide foi dirimida nos seguintes termos:*

*3. Defiro a liminar pretendida para que os reclamantes, considerada a condição de acusados, tenham acesso pessoal e imediato ao disco rígido mencionado na inicial, devendo a autoridade responsável adotar as cautelas*

*que reputar pertinentes para supervisionar o contato com o dispositivo eletrônico.*

*A despeito de o comando judicial ser datado de 16/08/2016, na impugnação, que foi apresentada no dia 20/09/2016, consta o registro de que “Essa decisão, passem, não foi até o momento cumprida”.*

*Ora, se nem por força de uma decisão judicial (cujo descumprimento representa crime, passível da decretação da prisão da autoridade responsável pela inobservância do provimento judicial) foi possível ao contribuinte ter o almejado acesso direto ao HD objeto da discórdia (o qual se encontra custodiado no Instituto Geral de Perícias/SC, apreendido que foi com autorização judicial, cuja legalidade do procedimento de apreensão não diz respeito à competência deste órgão do contencioso administrativo, como já discutido), como querer que a fiscalização lhe facultasse o acesso em 48 (quarenta e oito) horas, contadas a partir da data em que a resposta da pessoa jurídica foi apresentada?*

*O certo é que a fiscalizada era sabedora da impossibilidade de o Fisco apresentar o equipamento.*

*O que aconteceu, na realidade, foi que a demandada simplesmente não tinha interesse em segregar os itens representativos das “bebidas frias”. Agora, na condição de impugnante, a interessada quer fazer crer que seria possível à fiscalização distinguir as “bebidas quentes” das “bebidas frias”, tributando estas últimas com base no Regime Especial de Tributação previsto no art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003, o que não pode ser tido por verdadeiro.*

*(...)*

*Conforme previsto no art. 58-A da Lei nº 10.833, de 2003, o PIS/Pasep e a Cofins devidos pelos importadores e pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização dos produtos classificados nos códigos 21.06.90.10 Ex 02, 22.01, 22.02, exceto os Ex 01 e Ex 02 do código 22.02.90.00, e 22.03, da TIPI (Decreto nº 6.006, 2006), serão exigidos na forma dos arts. 58-B a 58-U da norma em comento.*

*No caso em tela, a pessoa jurídica era optante da tributação estabelecida pelo art. 58-J. Instada pela fiscalização a identificar os produtos vendidos passíveis de serem assim tributados, deixou de atender à requisição fiscal. Em razão disso, o lançamento do PIS/Pasep e da Cofins sobre as receitas consideradas omitidas se deu na forma do art. 58-I, como disposto pelo inc. II do § 11 da mesma norma. Em sua defesa, alega a interessada que inexistiria qualquer óbice para que o Fisco, detentor do sistema paralelo de gestão de vendas, realizasse a apuração na forma do art. 58-J, motivo pelo qual clama pela reforma dos créditos tributários contraditados.*

*Ocorre que não constitui encargo da fiscalização a filtragem e a identificação, dentre os produtos industrializados e as mercadorias adquiridas para revenda, de quais são aqueles que verdadeiramente se encaixam nas classificações fiscais listadas pela norma apresentada. Ainda que a autoridade fiscal se propusesse a realizar mencionada tarefa, entendo não lhe seria possível chegar a um resultado seguro a respeito das “bebidas frias” comercializadas pela empresa que estavam contempladas no dispositivo legal em questão.*

*Tomemos como exemplo os produtos classificados no código 21.06.90.10 Ex 02, que diz respeito a Preparações do tipo utilizado para elaboração de bebidas – Preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de refrigerantes do Capítulo 22, com capacidade de diluição de até 10 partes da bebida para cada parte do concentrado. Com efeito, não vejo a menor possibilidade de a*

*fiscalização estabelecer se o produto comercializado se amolda na capacidade de diluição especificada na TIPI.*

*Em verdade, somente quem detém o real domínio do fato, relativamente à produção própria e às mercadorias adquiridas para revenda, o que diz respeito aos administradores da empresa contestante, é que tem capacidade para discriminar, dentre os produtos vendidos, aqueles sujeitos ao regime de tributação determinado pelo art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003.*

*Ante todo o ocorrido, não tendo a pessoa jurídica atendido ao que lhe fora determinado em Intimação Fiscal, apresentando a relação dos produtos sujeitos ao REFRI, correto se mostrou o procedimento fiscal, ao tributar as receitas omitidas na forma do art. 58-I, o que se deu não por um mero capricho da sua parte, mas em vista de expresso comando legal representado pelo inc. II do § 11 do art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003, o qual voltamos a transcrever, a seguir:*

*§ 11. No caso de omissão de receitas, sem prejuízo do disposto no art. 58-S desta Lei quando não for possível identificar:(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)*

*[...]*

*II – o produto vendido, a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidirão sobre as receitas omitidas na forma do art. 58-I desta Lei.(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)(Produção de efeito)*

*Como estudado, em havendo omissão de receitas e não sendo possível identificar o produto vendido, o PIS/Pasep e a Cofins incidirão sobre as receitas omitidas não na forma do art. 58-J, a maneira pretendida pela Impugnante, mas sim como preconizado pelo art. 58-I da norma estudada, a estatuir a aplicação das alíquotas de 3,50% e de 16,65% para o PIS/Pasep e para a Cofins, o que diz respeito ao exato procedimento adotado pela Autoridade Fiscalizadora, como a seguir demonstrado, relativamente aos créditos tributários constituídos para o ano-calendário 2010:*

*Tabela 5: Apuração dos valores da COFINS e da Contribuição ao PIS incidentes sobre a Receita Omitida "Bebidas Frias" Valores em R\$*

<b>MÊS</b>	<b>Receita Omitida Bebidas Frias</b>	<b>COFINS Alíquota 16,65%</b>	<b>PIS Alíquota 3,5%</b>
07/2010	926.397,54	154.245,19	32.423,91
08/2010	1.300.836,32	216.589,25	45.529,27
09/2010	1.802.082,16	300.046,68	63.072,88
10/2010	2.344.042,01	390.282,99	82.041,47
11/2010	2.085.139,42	347.175,71	72.979,88
12/2010	2.786.916,99	464.021,68	97.542,09

*A pessoa jurídica impugnante aduz a existência de uma alegada disparidade. Afirma que a Autoridade Fiscal reconheceu o faturamento de R\$ 92.856.846,25 declarado pela empresa, mas que manteve o lançamento de receitas omitidas da ordem de R\$ 466 milhões, o que representaria um procedimento equivocado.*

*A Tabela 4 – Apuração da Receita Omitida Total – “Bebidas Quentes” e “Bebidas Frias” – Totais Anuais, presente no Termo de Verificação Fiscal às fls. 193/194, bem demonstra que os R\$ 466.039.683,45 representam o somatório das receitas totais encontradas no sistema paralelo de gestão de vendas, valor do qual foram deduzidas as quantias correspondentes às*

*notas fiscais emitidas, obtidas a partir de extração no Sistema Receitanet BX, no total de R\$ 92.856.846,25. Assim, a fiscalização chegou a receitas omitidas no valor total de R\$ 373.644.877,12 e não de R\$ 466.039.683,45, como equivocadamente entendido pelos dependentes.*

*Os interessados postularam ainda, de forma supletiva, na impossibilidade da tributação na forma do art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003, a adoção das alíquotas do PIS/Pasep e da Cofins aplicáveis na apuração cumulativa (0,65% e 3%, respectivamente), o que não é possível, como será a seguir demonstrado.*

*Nos termos do art. 58-I da Lei nº 10.833, de 2003, o PIS/Pasep e a Cofins devidos pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização dos produtos de que trata o art. 58-A desta mesma norma – as bebidas frias especificadas pelo dispositivo – serão calculadas com a aplicação das alíquotas de 3,50% e de 16,65%, respectivamente, podendo, a critério da pessoa jurídica, efetuar a opção pelo Regime Especial de Tributação de que trata o art. 58-J da Lei, a prever que as contribuições sociais serão apuradas em função do valor-base, expresso em reais ou reais por litro, discriminado por tipo de produto e por marca comercial e definido a partir do preço de referência.*

*Entretanto, tratando-se de omissão de receitas e não sendo possível identificar os produtos vendidos, o PIS/Pasep e a Cofins haverão de incidir na forma do art. 58- I da Lei nº 10.833, de 2003, com a aplicação das alíquotas de 3,50% e de 16,65%, exatamente como a tributação se deu no caso em julgamento, não havendo, portanto, como se autorizar a tributação com a adoção dos percentuais exigíveis no regime cumulativo (de 0,65% e de 3,00%, respectivamente)”.*

Pelo exposto, nego provimento ao RV neste tópico.

## **DO ICMS SOBRE AS BASES DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS**

Sustenta a recorrente que o STF teria decidido, em rito de repercussão geral, não caber a incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela do ICMS embutida dentro do faturamento.

De fato, pelo **Recurso Extraordinário 574.706**, em março de 2017, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor do ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

Todavia, como igualmente sabido, em dezembro do mesmo ano, a Fazenda Nacional apresentou embargos requerendo a modulação dos efeitos da decisão e, dentre outras questões, que seja definida qual a parcela do imposto estadual deve ser excluída da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS.

Os recursos reclamam de orientação da Receita Federal segundo a qual o ICMS a ser excluído das contribuições é o efetivamente recolhido, e não o que consta da nota fiscal como valor cheio a ser pago. A interpretação da Receita está na Solução de Consulta Interna Cosit 13/2018.

De qualquer modo, a decisão ainda carece de definir sua modulação e seus efeitos, de tal forma que, não sendo a recorrente parte direta em qualquer ação neste sentido (ao menos não consta tal informação nos autos) e estando o RE ainda pendente de julgamento dos ED interpostos, não há que se falar em exclusão de tais montantes das bases impositivas das duas contribuições.

Nego provimento ao RV.

### DA MULTA QUALIFICADA

No entendimento do Fisco, a recorrente praticou infrações que levaram à qualificação da multa com sua elevação a 150%, na forma do artigo 44, I, § 1º, da Lei nº 9.430/1996:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*

*[...]*

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

Por seu turno, prescreve o artigo 71, da Lei nº 4.502/1964, *verbis*:

*Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou crédito tributário correspondente.*

Sustenta a recorrente inexistirem motivações para a exasperação havida.

De seu lado, o I. Relator, pontuou que “*em relação à multa qualificada, tendo em vista a exigência da demonstração da relação causal entre as práticas de sonegação, fraude e conluio, previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, e a infração tributária perpetrada, uma vez entendendo-se que não houve a devida comprovação da materialidade da ocorrência dos fatos gerados supostamente mantidos à margem da tributação, por motivação lógica, deve ser afastado tal agravamento sancionatório*”.

Com a devida vênia, reflito que poucas vezes, ao longo de anos no exercício das atribuições de julgador, tanto neste CARF quanto na DRJ/CPS, vislumbrei aspectos fáticos tão poderosos a dar guarida à imputação feita pelo Fisco.

Realmente, em função de tudo o que se vê nos autos, inclusive os aspectos criminais neles estampados, não consigo deixar de visualizar tenha havido um dolo volitivo tão claro e inquestionável, tudo visando, por meio dos artifícios assumidos pela recorrente e detalhadamente relatados pelo Fisco (e que abaixo se reproduzem) “*impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais*”.

Chega a ser estarrecedor o relato da Fiscalização (TVF – fls. 206/209):

**4.1.4 – Multa Qualificada:**

Conforme apurado na ação fiscal, no período de 24 de junho de 2010 a 24 de abril de 2015, o contribuinte, utilizando-se de diversos artifícios dolosos, tais como, falta de emissão de notas fiscais, ou emissão com valores subfaturados, constituição de empresas "de fachada" abertas em várias regiões do Brasil, deixou de oferecer à tributação cerca de 80% da receita auferida pela venda de produtos por ela fabricados.

Conforme demonstrado na tabela 4 do item 3, o contribuinte emitiu Notas Fiscais pela venda de produtos no valor de R\$ 92.856.846,25, e a receita auferida pela venda de produtos atingiu o montante de R\$ 466.039.683,45, que resultou no valor total de R\$ 373.644.877,12 de receita omitida.

As provas colhidas durante as investigações da "Operação Arion II" são robustas, incluindo aí interceptações telefônicas ordenando operações comerciais e financeiras à margem da escrituração, documentos que denunciam a concretização de tais operações, os resultados da perícia nos bancos de dados e equipamentos de informática apreendidos e pelos depoimentos prestados de testemunhas.

A seguir indicamos alguns, de muitos contatos telefônicos obtidos mediante autorização judicial que tratam das vendas sem a emissão de Nota Fiscal:

DIÁLOGO							
Interlocutora inicialmente identifica-se como Marina, pergunta para Leomar se recorda daquele cliente de Taquara. Leomar assinala positivamente. Marina, então, explica que mandou e-mail com o CNPJ, e não obteve resposta, segue informando que o CNPJ o qual foi repassado, está com baixa conforme consta no SINTEGRA e não está habilitado. Marina solicita outro CNPJ para confeccionar a nota. Leomar diz para entrar em contato com a contabilidade para que eles informem outro CNPJ, pois no momento não está na empresa. Marina reafirma que com este CNPJ do cliente não há possibilidade de tirar nota, por isso precisa que eles informem qualquer outro CNPJ. Leomar diz ter entendido. Interlocutora Marina sugere a possibilidade de fazer à vista e sem nota. Leomar alega que irá verificar se consegue falar com eles para atualizar, e esclarece que vai verificar para que seja pago à vista. Marina agradece e encerra a ligação.							

TELEFONE		NOME DO ALVO					
4799844499		Joao Ricardo Rodrigues					
	TELEFONE	INTERLOCUTOR	DATA/HORA INICIAL	DATA/HORA FINAL	DURAÇÃO	ÁUDIO	INTERLOCUTORES/COMENTÁRIO
	4799844499		15/10/2014 15:18:28	15/10/2014 15:23:38	00:05:10		06 - Tran Compra de RED HORSE SEM NOTA
DIÁLOGO							
Adão, revendedor, entra em contato com João solicitando o produto RED HORSE e alguns litros de Whisky. Ao final João questiona a seguinte indagação: "Zero por cento ou tudo com nota?" e Adão afirma que pode mandar tudo sem nota. (ACC)							

TELEFONE		NOME DO ALVO				
4796522218		Edson P063/14				
TELEFONE	INTERLOCUTOR	DATA/HORA INICIAL	DATA/HORA FINAL	DURAÇÃO	ÁUDIO	
4796522218		03/11/2014 17:00:50	03/11/2014 17:08:16	00:07:26		
RESUMO						
Representante Anderson negocia com Luciano da Dist. Porto Belo. A partir de 5 minutos de áudio falam sobre venda de mercadoria sem nota.						
DIÁLOGO						
<p>Interlocutor se identificando como Luciano da distribuidora Porto Belo liga para Anderson falando que o Marcelo pediu para ligar e fazer um pedido e pergunta se Anderson não se encontra em Porto Belo. Anderson responde que já está chegando em Joinville. Luciano passa o pedido de dez caixas de energético em lata, dez caixas de Old, cinco fardos de pet, uma caixa de cada da bebida Kisla, se referindo a toda a linha desta marca, dez Ace limão, uma caixa de batida de côco e uma de maracujá. A partir de cinco minutos de conversa Anderson fala que precisa dos dados cadastrais de Luciano para poder cadastrar, falando que a mercadoria vai normal sem nota, porém tem que cadastrar, pedindo para Luciano passar os dados por WhatsApp. Luciano pergunta quando Anderson pode entregar a mercadoria. Anderson responde que na quarta-feira. Luciano pergunta se Anderson já tem o valor da mercadoria. Anderson responde que está na estrada, mais passa tudo na sequência por WhatsApp. Luciano pergunta como Anderson acertou em relação aos cheques. Anderson responde que como é sem nota, tem de ser em cheque ou a vista, se for cheque, pode ser em trinta e quarenta e cinco dias. Luciano fala que então vai jogar esse prazo para poderem trabalhar. Anderson e Luciano acertam os detalhes finais para o repasse dos dados para cadastrar o pedido. (DJB)</p>						

TELEFONE		NOME DO ALVO				
4899680840		Fabiano Cardozo de Souza				
TELEFONE	INTERLOCUTOR	DATA/HORA INICIAL	DATA/HORA FINAL	DURAÇÃO	ÁUDIO	
 4899680840	4899949450	01/12/2014 08:16:13	01/12/2014 08:17:39	00:01:26	44 Vol 01(14).wav	
DIÁLOGO						
<p>Interlocutor pergunta se Fabiano irá passar até o comércio dele. Fabiano diz que irá amanhã. Interlocutor diz que sexta-feira faltou os whisky. Interlocutor pede para mandar 20 caixas. Interlocutor pede para Fabiano mandar sem nota, pois da outra vez foi enviado com nota. (AMJ)</p>						

TELEFONE		NOME DO ALVO				
4796522218		Edson P063/14				
TELEFONE	INTERLOCUTOR	DATA/HORA INICIAL	DATA/HORA FINAL	DURAÇÃO	ÁUDIO	
 4796522218	0414134526622	02/12/2014 09:49:08	02/12/2014 09:52:28	00:03:20	2 Audio 01 (2).wav	
DIÁLOGO						
<p>Vendedor Anderson da RED HORSE liga para interlocutora Eliane, para ver se a comerciante vai precisar de mercadoria para fim de ano. Então Eliane diz que vai precisar, mas, vai ter que esperar por dois dias, porque seu contador esqueceu de fazer, e que agora o sistema é de nota eletrônica. A interlocutora ainda comenta que o contador deu entrada no dia de ontem e vai levar dois dias, que até a AMBEV lhe enviou uma "cartinha". Eliane frisa mais uma vez, que devido ao erro do contador, deu problema até com Souza Cruz, porque devido ao sistema ser de nota eletrônica, não conseguiu comprar e que para poder fazer novo pedido, vai ter que esperar dois dias. Eliane afirma que mesmo com esse transtorno, lhe enviaram a mercadoria. Interlocutora Eliane diz que falaram para ela que quando saísse a nota, vai saber que está tudo certo. Então o vendedor Anderson interrompe a comerciante dizendo que referente a nota, não é problema, que pode enviar a mercadoria para ela sem "Nota Fiscal". Assim, Eliane diz que sem nota é melhor. Investigado Anderson diz que vai ter uma carga para a região de Guaratuba-PR na quinta-feira e que por esse motivo, Anderson entrou em contato com a interlocutora. De forma agradecida, Eliane diz que sem nota é melhor, e em seguida pergunta se Anderson vai fazer um boleto ou vai ser em cheque. O investigado Anderson diz que terá que ser um cheque, e interlocutora Eliane diz que não há problema. Anderson orienta Eliane para não ficar pesado, poderá dividir em 30, 45, 60 e em até 75 dias. Assim, Eliane diz que está tudo certo, que seu "menino" está saindo para venda, e que tinha um pedido grande da RED HORSE de 2 litros, e por esse motivo, precisa que seja confirmado anteriormente, então vai fazer um levantamento de tudo e dará retorno a Anderson. Na ocasião, vendedor da RED HORSE diz para comerciante que no mesmo dia seria melhor, e Eliane acerta que após olhar o depósito, vai dar retorno ainda no dia ao vendedor Anderson. (ER)</p>						

TELEFONE		NOME DO ALVO					
4796083837		Cleverson Franco de Lima					
TELEFONE	INTERLOCUTOR	DATA/HORA INICIAL	DATA/HORA FINAL	DURAÇÃO	AUDIO		
	4796083837	0414799338577	02/12/2014 14:11:39	02/12/2014 14:13:14	00:01:35	 Audio 01 (1).wav	
DIÁLOGO							
<p>Motorista liga para Interlocutora e solicita o cancelamento da nota fiscal de número 16974, alegando que o cliente só irá realizar o negócio, de mais de 400 caixas, se for sem notas fiscais. Pois o Cliente está com problemas com o fisco. A Interlocutora reforça o questionamento se o cliente quer os produtos todos sem nota fiscal, e o motorista confirma. Então a interlocutora orienta que o motorista traga a nota novamente que ela fará como se fosse nota de devolução. Ao final o motorista informa o nome do cliente como sendo GELSI GOLMAR KLUGE. (ACC) Nome correto é: GELSI GILMAR KLUGE - ME. CNPJ: 08.083.044/0001-34. (TTC)</p>							
TELEFONE		NOME DO ALVO					
4796522218		Edson P063/14					
TELEFONE	INTERLOCUTOR	DATA/HORA INICIAL	DATA/HORA FINAL	DURAÇÃO	AUDIO		
	 4796522218	4796905800	05/02/2015 15:52:42	05/02/2015 15:54:08	00:01:26	 audio 13.wav	
DIÁLOGO							
<p>Interlocutor que se identifica como Malcon da Itaipava. Anderson explica que esteve lá esses dias porém o interlocutor não estava. Malcon reclama dizendo que Anderson poderia ter ligado. Anderson questiona se interlocutor quer que mande alegando que na segunda feira terá entrega na região. Malcon diz para mandar, questiona o valor. Anderson informa que está R\$ 5,50 o de 2 litros. Interlocutor pergunta se virá sem nota. Anderson confirma. Interlocutor solicita 10 fardos. Anderson informa que irá na carga de segunda feira. Interlocutor agradece. (RWG)</p>							

A estas acusações – gravíssimas – a recorrente não conseguiu contrapor argumentos ou provas, até porque fruto de transcrições de conversas mantidas por seus colaboradores, não sendo crível que o fizessem sem autorização superior.

Ou seja, escutas telefônicas que mostram contundentemente as práticas ilícitas apontadas pelo GAECO/SC e que levou a Fiscalização a adotar como base de cálculo dos lançamentos fiscais os dados obtidos no HD externo apreendido pela autoridade **policia**l por conter o sistema paralelo de gestão de vendas do contribuinte, tudo perfilando para a comprovação da existência de indícios fartos, graves, precisos e convergentes no sentido de ser esta a realidade fática e o *modus operandi* rotineiro da companhia.

Nesse cenário, indubitavelmente constatado o dolo, a qualificação se torna inevitável, por isso deve ser mantida.

A jurisprudência administrativa é nesta linha:

*MULTA QUALIFICADA — são as circunstâncias da conduta que caracterizam o aspecto subjetivo da prática ilícita. Além dos valores omitidos serem de elevada monta em relação aos valores escriturados, o número de operações omitidas, na casa de centenas, leva à convicção de que a conduta missiva da autuada não decorreu de um mero desleixo na condução de seus negócios, mas sim de prática intencional para deixar de levar ao conhecimento da Fazenda a maior parte de suas operações.*

(Acórdão 1201-00205 - Relator(a) Guilherme Adolfo dos S. Mendes)

*MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. Toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, que implica, ainda, a redução indevida de*

*tributos e contribuições, impõe a exigência das exações fiscais com aplicação da multa qualificada.*

*(Segunda Turma/Quarta Câmara/Primeira Seção de Julgamento - Data da Sessão - 11/11/2010 Relator(a) Antonio José Praga de Souza - Nº Acórdão 1402-000.314)*

Assim, voto por negar provimento ao RV, mantendo a qualificação da multa em 150%.

### **DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA**

Consoante consta do TVF, informações colhidas na 9ª Alteração Contratual mostram que GILVAN CARDOZO DA SILVA era o sócio-administrador da empresa no período objeto da autuação, tendo a fiscalização enquadrado a sua responsabilização, assim como a de RAINOR IDO DA SILVA, com espeque no inc. III do art. 135 do CTN.

Mostram ainda os instrumentos contratuais que GILVAN CARDOZO DA SILVA possuía 99% do capital social da pessoa jurídica e juntamente com seu pai, promovia os interesses do empreendimento, organizando o esquema de sonegação fiscal articulado pelo grupo de empresas e participando também das atividades voltadas à lavagem do produto dos atos ilícitos.

Ainda na forma do entendimento fiscal, sempre suportado pela transcrição de diversas escutas telefônicas, GILVAN CARDOZO DA SILVA atuava diretamente na produção de bebidas à margem da legislação e também conduzia a comercialização de tais produtos sem a sujeição à regular tributação, detendo a coordenação das atividades da empresa, chegando mesmo a orientar funcionários na forma de proceder na guarda de caminhões durante a madrugada, de modo a não despertar a atenção da fiscalização.

De outra banda, RAINOR IDO DA SILVA, a despeito de não constar do Contrato Social, durante parte dos anos fiscalizados, era o administrador maior da organização, responsável pela condução de todos os negócios, inclusive os ilícitos, em especial a redução ou supressão de tributos mediante o não fornecimento de notas fiscais ou a emissão desses documentos com valores subfaturados, ocultação de receitas e a utilização de um sistema para burlar o controle fiscal na produção de bebidas. Foi sócio até 14 de agosto de 2012, quando passou a maior parte de sua participação societária para o seu filho, GILVAN CARDOZO DA SILVA (99%), e uma pequena parte para um de seus empregados, Jonas Carvalho Bueno (1%).

Pois bem, embora ambos se mostrem irresignados com suas inclusões no pólo passivo como responsáveis solidários, na mesma linha da qualificação da multa, não vejo como possam ser dissociados dos atos praticados pela companhia os seus administradores.

Sabidamente, na imputação com base no artigo 135, III, do CTN, o sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência, resultando a sua solidariedade pelos débitos tributários da pessoa jurídica da prática de ato ilícito.

É a ilicitude na administração social que permite sua responsabilização, ilicitude esta que deve ter sido praticada durante o exercício da gerência.

No caso dos presentes autos as ilicitudes cometidas pelos imputados na administração da recorrente foram demonstradas à saciedade pela fiscalização.

Nesse toada, não se pode perder de vista que as pessoas jurídicas, conquanto possuam personalidade distinta dos seus sócios, **não agem nem praticam atos jurídicos por si só, mas por meio de seus administradores e sócios.**

Em outro e claro dizer, **a vontade da pessoa jurídica, em verdade, é a expressão da vontade majoritária de seus sócios e dirigentes.**

Nesse patamar, por óbvio, todas as simulações, fraudes e infrações imputadas pela fiscalização foram concretizadas por seus sócios/administradores, sobre quem deve recair a responsabilidade solidária pelos débitos tributários constituídos em face da pessoa jurídica.

Os depoimentos e outros fatos apurados são contundentes e cancelam a imputação feita pela Fiscalização.

Concluindo, sob o comando gerencial, administrativo, técnico, comercial e operacional dos dois imputados, a recorrente conseguiu a proeza de deixar de emitir, no período fiscalizado, notas fiscais representativas de um montante de recursos da ordem de R\$ 373.644.877,12, para um faturamento total R\$ 466 milhões, ou seja, **80% (OITENTA POR CENTO) de suas receitas (8 reais para cada 10)** teriam sido mantidas à margem da tributação, não fossem a operação ARION II e o procedimento fiscal que culminou nos lançamentos aqui tratados.

Assim, sem nenhuma ressalva, mantenho a responsabilização de ambos os administradores com fulcro no artigo 135, III, do CTN.

## **CONCLUSÃO**

Em face do exposto, encaminho meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO aos Recursos Voluntários da recorrente e dos sujeitos passivos solidários para, i) REPELIR as preliminares de nulidade, ii) no mérito, MANTER, ii.i) os lançamentos perpetrados; ii.ii) a qualificação da multa de ofício; ii.iii) a imputação de responsabilidade solidária, com fulcro no artigo 135, III, do CTN, de GILVAN CARDOZO DA SILVA e RAINOR IDO DA SILVA; ii.iv) AFASTAR o pedido de exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone